أحكام الأسرة

في الشريعة الإسلامية

تأليف

الدكتور علي أحمد القليصي

أستاذ في قسم الشريعة الإسلامية بجامعة صنعاء

الجزء الثاني

فرق الزّواج وآثارها

بسم الله الرحمن الرحيم

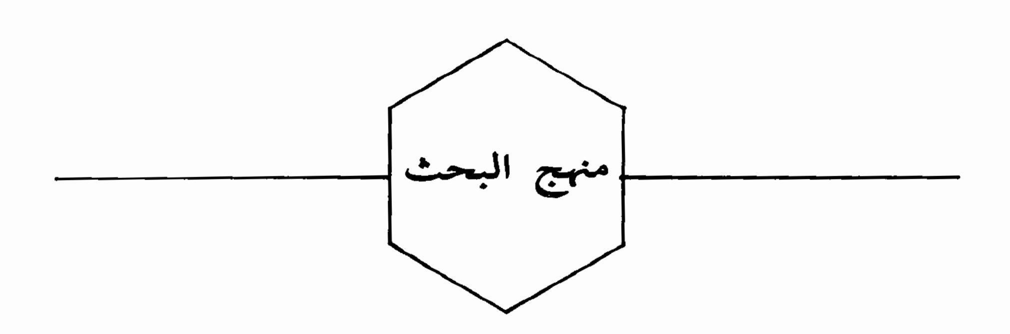
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين القائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإنه لما يسر الله تعالى لي بأن أكتب موضوعاً في أحكام الزواج وقد حظي بالقبول من كثير من أهل العلم وطلابه وهو يعتبر جزءاً من أحكام الأسرة ـ الأحوال الشخصية ـ فحاولت أن أشد عزمي وأن أبذل كل جهدي في تكميل هذا الموضوع وهو الجزء الأخير من «أحكام الأسرة» ـ الأحوال الشخصية ـ وقد يسر الله تعالى لي بإكمال هذه التكملة وسميتها فرق الزواج وآثارها. ويمتاز هذا الجزء بمزيد من العناية لأنه يعتبر من أعقد أبواب الفقه الإسلامي وأهمها لذلك بذلت فيه مزيداً من الجهد والعناية.

وقد عرضت مواضيعه عرضاً مبسطاً خالياً من التعقيدات الفقهية وكثرة المسائل الفرضية التي يمل منها القراء ويندر وقوعها واحتياج الناس إليها، وقد ساعدني في عرضه بهذا الأسلوب، الخبرة الطويلة في دراسته وتدريسه وأرجو من الله أن أكون قد وفقت في تقديم أسلوب جديد لطلاب العلم وفائدة ملموسة.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المؤلف
الدكتور: علي أحمد القليصي
أستاذ في قسم الشريعة الإسلامية
بجامعة صنعاء



١ ـ لم أجعل البحث خاصاً بمذهب معين، بل جعلت الدراسة فيه مقارنة بين مذاهب الفقهاء وأدلتهم.

٢ ـ التزمت فيه الرجوع إلى المصادر الأصلية في الفقه المقارن وغيره وأنقل رأي كل مذهب من كتبه في الغالب.

٣ ـ أبدأ بذكر الحكم في المسألة المطروحة للبحث ثم أذكر بعد ذلك أدلتها من الكتاب والسنة والإجماع، وإن كان فيها خلاف أذكر الآراء المشهورة فيها ودليل كل رأي مستمداً كل مذهب من كتبه، مشيراً إلى الجزء والصفحة. وقد التزمت النقل من طبعة واحدة ليمكن الرجوع إلى المسألة في الأصل بسهولة.

٤ ـ أرجح ما يظهر لي أنه الصواب مع بيان سبب الترجيح، وهو الدليل، وقد حاولت ذلك لئلا يبقى القارىء متحيراً لا يدري ما يأخذ وما يدع بالنسبة لمن ليس له قدرة على النظر والاختيار، ولكل واحد رأى الحق في غير ما رجحته فيجب عليه أن يأخذ به، لأن كل إنسان يؤخذ من قوله ويترك إلا المعصوم وهو الرسول صلى الله عليه وآله وسلم.

٥ ـ أما الأحاديث التي أستدل بها فإني أشير إلى مصادرها في الغالب إلى الجزء والصفحة، وأورد ما قاله العلماء من صحة أو ضعف، وأشير إلى موضع الآيات القرآنية في السورة.

٦ ـ ذيلت مواضيع هذا الجزء بمواد قانون الأسرة اليمني ـ الأحوال الشخصية ـ كما هو الحال في الجزء الأول.

٧ ـ حاولت أن أعرض مسائل البحث بأسلوب سهل متجنباً التطويل الممل في الفروع ومسائل الفقه المفترضة، وقد حاولت أن أتتبع المسائل التي يكثر الاحتياج إليها ولا يستغني عنها طلبة العلم.

هذا ما فعلته في هذه الرسالة، وما كان فيها من حق وصواب فمن الله تعالى، وما كان فيها من خطأ فمني، والمعصوم من عصمه الله ولا حول ولا قوة إلا بالله.

* * *

مجمل لخطة البحث:

وقد اشتمل البحث على بابين:

الباب الأول: فرق الزواج، وفيه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: في التفريق بالطلاق وفيه خمسة مباحث.

الفصل الثاني: في أسباب الفرقة، وفيه مبحثان.

الفصل الثالث: في أحكام الظهار، وفيه أربعة مباحث.

الباب الثاني: في آثار فرقة الزواج وفيه أربعة فصول.

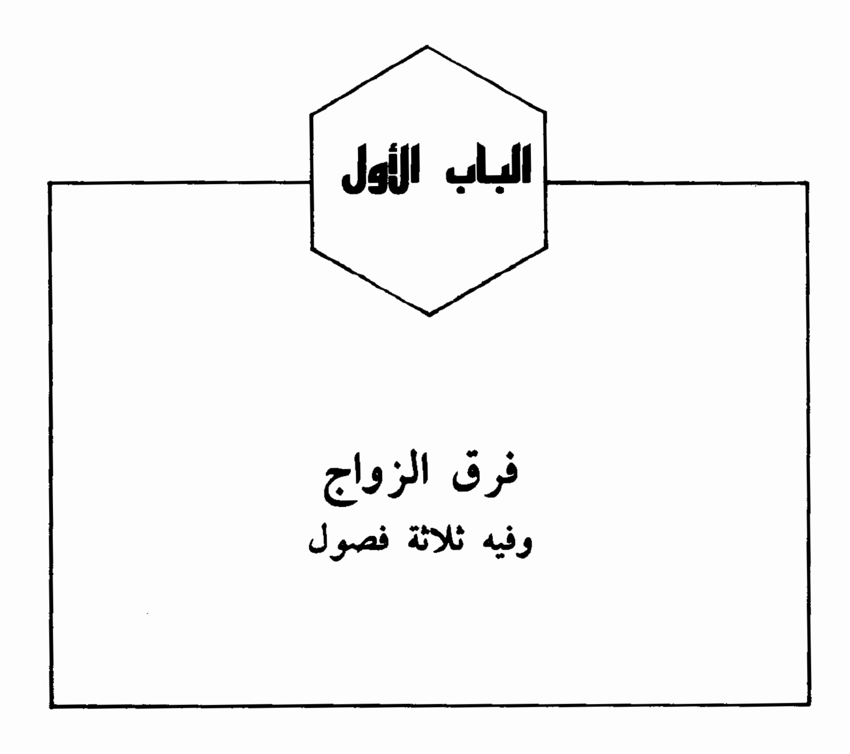
الفصل الأول: في أحكام العدة، وفيه عشرة مباحث.

الفصل الثاني: في أحكام نفقة الأقارب، وفيه ستة مباحث.

الفصل الثالث: في أحكام الحضانة: وفيه خمسة مباحث.

الفصل الرابع: في أحكام النسب، وفيه ثلاثة مباحث.

وقد اشتملت المباحث على مسائل عديدة في الغالب واشتملت المسائل على فروع، وقد بينت ذلك في فهرس تفصيلي في الصفحات الأخيرة من الكتاب.



الباب الأول

فرق الزواج

وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول

في التفريق بالطلاق

وفيه ستة مباحث

المبحث الأول

في تعريف الطلاق وحكمه

وفيه ثلاث مطالب

المطلب الأول: في معنى الطلاق:

الطلاق لغة: حل القيد، ويستعمل في النكاح بالطلاق والتطليق، وفي غيره بالإطلاق.

ومعناه شرعاً: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه في الحال أو المآل[1]. والمراد بحل العقد: رفع أحكامه، لأن العقود كلمات لا تبقى بعد التكلم بها، ويخرج بقولنا بلفظ الطلاق فسخ النكاح، فإنه لا يعتبر طلاقاً ويدخل بقولنا: ونحوه: الكناية التي يقع بها الطلاق، والمراد بقولنا: في الحال: الطلاق البائن، وبقولنا: في المآل، الطلاق الرجعي فإن الزوجية لا تنحل إلا بعد انتهاء العدة.

المطلب الثاني: في حكم الطلاق في الشريعة الإسلامية:

أ ـ الأصل أن الطلاق جائز في الشرع والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٢٢٦، ومغني المحتاج ٣/٢٧٩.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾[2].

وأما السنة: فما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»[3].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق ولم يخالف في ذلك أحد[4].

وأما المعقول فإن في مشروعيته درءاً لكثير من الأضرار التي يمكن أن تنشأ من استمرار الحياة الزوجية مع وجود ما يحتم الانفصال، إذ قد تسوء العلاقة بين الزوجين مما قد يدفعهما إلى ارتكاب كثير من الجرائم الخلقية في حق بعضهما أو في حق الله تعالى[5].

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٢) سورة الطلاق: آية ١. وهناك آيات كثيرة غير هاتين الآيتين تدل على مشروعيته منها قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً﴾ سورة الأحزاب: آية ٤٩.

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ٩/٣٤٥، وشرح النووي ٣/٦٥٩.

(٤) انظر: المراجع السابقة وحاشية الدسوقي ٢/٣٦١، والتاج المذهب ٢/١١٨، وبداية المجتهد ٢/٦٠، وكشاف القناع ٥/٢٦١.

(٥) وقد تكون الزوجة عقيماً وهو يرغب في الذرية ولا يستطيع أن ينفق على أكثر من امرأة فإذا لم يبح له الطلاق كان ذلك حرماناً له من الأولاد طيلة حياته، وقد يشك الرجل أيضاً في سلوك زوجته فإذا لم يبح له الطلاق لقضى كل حياته في شك وصراع نفسي دائم.

وتدل الأدلة السابقة على أن الطلاق مباح في الأصل وذلك عندما تدعو الحاجة إليه، لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها أو التضرر بها من غير حصول الغرض منها.

ب ـ وقد يكون الطلاق واجباً إذا استحكم النزاع بين الزوجين واتسعت شقة الخلاف بينهما وعجز الحكمان عن الإصلاح ورأيا التفريق بينهما فإنه يكون واجباً في هذه الحالة.

ـ ويكون واجباً أيضاً إذا حلف أن لا يقرب زوجته أكثر من أربعة أشهر فإذا مضت المدة فإما أن يفيء وإلا وجب عليه أن يطلق.

ـ ويكون واجباً أيضاً إذا كانت الزوجة غير عفيفة فإذا تأكد منها أنها زانية فإن لم تتب وجب طلاقها، لقول الله عز وجل: ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾.

وخالف في ذلك كثير من الفقهاء، فقالوا: بجواز نكاح الزانية، وظاهر الآية يدل على تحريم نكاحها[١].

ج ـ وقد يكون محرماً إذا طلقها على خلاف السنة، وهو أن يطلقها وهي حائض أو في طهر مسها فيه، ويسمى طلاق البدعة، لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله، قال الله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾، ولحديث ابن عمر السابق، وهو حرام بإجماع العلماء[٢].

د ـ وقد يكون الطلاق مندوباً إليه عندما تفرط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها.

ويكون مندوباً أيضاً إذا شك في عفتها، لأن في إمساكها نقصاً لدينه ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها ولداً ليس منه[٣].

---

(١) تقدم تفصيل ذلك في المحرمات على التأقيت في حكم نكاح الزانية.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٩٧/٧، ونيل الأوطار ٢٤٨/٦، والمهذب ٧٩/٢.

(٣) وقال بعض الفقهاء: ويكون مندوباً إذا قصر في حقها من العشرة لقول الله تعالى: =

هـ ــ وقد يكون مكروهاً إذا طلقها بدون سبب ومن غير حاجة إليه، ومما يدل على كراهته في هذه الحالة حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[1] وقال بعض الفقهاء: إنه يحرم في هذه الحالة، لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراماً كإتلاف المال، ويرد على ذلك حديث ابن عمر، لأن النبي ﷺ سماه حلالاً، وإنما يكون مكروهاً لأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها[2].

المطلب الثالث: في حكم الطلاق عند غير المسلمين:

أحب في هذه المناسبة أن أعطي القارىء نبذة عن حكم الطلاق عند غير المسلمين، كاليونان، والرومان، واليهود، والنصارى، والجاهليين لأن الزواج والطلاق عرفته البشرية في كل العصور المختلفة، كأن ذلك فطرة فطر عليها البشر، وحكمه يختلف عندهم باختلاف الدين والثقافة.

١ ــ **أما اليونان**: فكانت المرأة عندهم تباع وتشترى كالسلعة، فالأب يبيع ابنته إلى الزوج، وتنتقل سلطته عليها إلى الزوج إن شاء طلقها ولو بدون سبب وإن شاء زوجها في حياته أو أوصى بها بعد موته وليس لها عليه أي حق، وكان يضرب بها المثل عندهم في الحقارة والجبن.

٢ ــ **وأما الرومان**: فيختلف حكم الطلاق عندهم تبعاً لاختلاف القوانين، فتارة يكون بيد الزوج فقط فيقع الطلاق منه ولو بدون سبب.

= ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾، ولأن إمساكها قد يؤدي إلى شقاق أو فساد، انظر: المهذب ٢/٧٩، وقال بعضهم بوجوب الطلاق في هذه الحالات.

(١) رواه أبو داود بإسناد ضعيف ورواه الحاكم وقال: صحيح الإسناد، ورواه أيضاً الدارقطني بسند ضعيف ومنقطع، قال الألباني: والمشهور أنه مرسل، انظر: نيل الأوطار ٦/٢٤٨، وإرواء الغليل ٧/١٠٦، وما بعدها.

(٢) انظر: المصادر السابقة وحاشية الدسوقي ٢/٣٦١.

وتارة يجعلون للمرأة الحق في الطلاق كالرجل، وتارة يمنعون وقوع الطلاق من الرجل والمرأة بدون سبب معتبر لجواز وقوعه.

٣ ـ **وأما اليهود**: فيختلفون في حكمه أيضاً، فمنهم من جعله حقاً للرجل فقط فيوقعه على الزوجة متى شاء ولو بغير سبب وبغير رضاها.

ومنهم من قال بأن لكل من الزوجين الحق أن يطلق الآخر ولكن لا يقع الطلاق على كل منهما إلا إذا وجد عيب فيه.

وهذه العيوب إما في الخلقة، كخلل في الجسم، كالخلل في العين أو الفرج أو العقم، وإما أن تكون في الأخلاق، كالوقاحة والثرثرة والإسراف أو الزنا، وهو يعتبر من أقوى العيوب عندهم.

٤ ـ **وأما المسيحيون**: فيختلفون فيه كذلك، فمنهم من حرمه تحريماً باتاً فلا يجوز مهما عظمت الأسباب وهذا مذهب الكاثوليك.

ومنهم من أجازه في حالة الخيانة أو الزنا فقط، وإذا وقع طلاق بذلك السبب فلا يجوز للرجل ولا للمرأة الزواج بعد ذلك فيجب على كل واحد منهما أن يجلس أعزب مدة حياته وهذا مذهب بروتستانت والأرثوذكس.

٥ ـ **وأما الجاهليون**: فإنهم يعاملون المرأة كمعاملة اليونان لها فيرثونها كما يرثون المتاع، وكانوا يعتبرون الظهار والإيلاء طلاقاً، ومنهم من كان يجعل الطلاق بيد النساء وطلاقهن: أن يحولن أبواب بيوتهن، فإذا رأى الرجل ذلك عرف أن امرأته طلقته[1].

هذه نبذة من أنظمة الجاهليين ونحوهم في طلاق المرأة ومن ذلك يتضح لنا كيف سلك الإسلام في الطلاق مسلكاً وسطاً لا إفراط فيه ولا تفريط وجعل للطلاق حدوداً فيه اليسر والسعادة للزوجين معاً، ووضع لكل منهما تربية تحرك فيهما وازع الإيمان وتدعوهما إلى محاسن الأخلاق.

---

(١) ومن أنواع الطلاق عند الجاهليين الخلع، فكان أحدهم يضار المرأة حتى تفتدي بمالها.

ويتضح ذلك من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في ذلك[1].

المبحث الثاني

في وقوع الطلاق

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: في بيان من يملك إيقاع الطلاق:

الأصل في الطلاق أنه حق للزوج جعله الله تعالى بيده ولم يجعله بيد المرأة، لأنه عليم خبير بأحوال عباده وبطبائعهم، فشرع لهم ما يتناسب مع طبيعتهم فأسند الطلاق إلى الرجال دون النساء قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾.

وقال تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾.

وقال تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتُمُ النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾.

وليس للمرأة حق في الطلاق إلا إذا فوضها الزوج فيه، لأن المرأة طبعت على أخلاق وغرائز تجعلها منقادة لعاطفتها ولو كان لها حق في الطلاق لأوقعته لأتفه الأسباب.

هذا في الغالب، وإلا قد يوجد من النساء من هن أكثر أناة وضبطاً للنفس عند الغضب، إلا أن الأحكام تبنى على الغالب.

ومما يجعل الرجل منضبطاً ولا يقدم على الطلاق إلا بعد فكر كبير ونظر شديد لما يترتب على الطلاق من حقوق مالية كحلول المهر المؤجل، ونفقة العدة، وما يدفع من تكاليف في الزواج، فإنه يحتاج إلى مال جديد لزواج جديد، أما المرأة فلا يلحقها شيء من تلك الخسائر، لذلك لم يكن لها حق في الطلاق.

---

(١) انظر: فقه السنة لسيد سابق ٢/٢٠٩، والطلاق لعمر رضا كحالة ص٨، وما بعدها.

ولا يقع الطلاق من أحد غير الزوج ولو كان من أقرب الناس إليه، إلا إذا وجد سبب ينقل حق الطلاق منه إلى غيره[1].

ومما يدل على ذلك حديث ابن عباس: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[2]. يعني الزوج.

المطلب الثاني: فيما يملك الرجل من الطلاق:

من فضل الله تعالى ورحمته على عباده أنه لم يجعل فرقة الزواج تنتهي بطلقة واحدة وإنما جعل للرجل ثلاث طلقات وجعل له الحق في مراجعة زوجته إذا طلقها طلقة أو طلقتين ما دامت في العدة، لأنه قد يغلبه الغضب فلا يملك نفسه فيطلق زوجته ثم يندم بعد ذلك ويرجع إلى رشده، فأعطي من الله تعالى فرصة ليراجع زوجته ما دامت في العدة ولم يستكمل الثلاث الطلقات، قال الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[3].

يعني الطلاق الذي يحق للزوج أن يراجع زوجته فيه.

ومن حكمته تعالى: أنه لم يجعل للرجل حقاً في الرجعة إلا في طلقة أو طلقتين فقط، فإن طلقها الثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، قال الله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[4].

يعني: فإن طلقها الطلقة الثالثة، فقد أباح الله تعالى للزوج الرجعة في

---

(١) انظر: أحكام الأسرة في الإسلام للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٧٢.

(٢) الحدث رواه ابن ماجه وغيره بطرق مختلفة، قال الألباني: ولعل حديث ابن عباس بمجموع طرقه يرتقي إلى درجة الحسن، انظر: إرواء الغليل ١٠٨/٧ و ١٠٩.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٩، وقد يكون الطلاق تأديباً للمرأة فتذعن للزوج وتحذر العناد لتستمر الحياة الزوجية مع زوجها.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٣٠.

الواحدة والثنتين وحرمها عليه في الثالثة رفعاً للضرر عن المرأة الذي كانت تعانيه في الجاهلية وفي فترة في بداية الإسلام.

قال ابن كثير: هذه الآية رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام من أن الرجل كان أحق بمراجعة امرأته وإن طلقها مائة طلقة ما دامت في العدة[1].

وفي حديث ابن عباس قال: كان الرجل إذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها وإن طلقها ثلاثاً فنسخ ذلك قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، إلى قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[2].

والإضرار بالمرأة محرم حتى لو راجعها في الطلقة أو الطلقتين إذا قصد بذلك الإضرار بها، قال تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزواً﴾[3].

فتدل الآية على أن مراجعة المرأة لقصد الإضرار بها معصية كبيرة، وإن كان للرجل في ذلك حق لكن لا يجوز له أن يستعمله في الإضرار بالمرأة.

المطلب الثالث: في أحكام النيابة في الطلاق:

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل، وقد ذكرت في المسألة السابقة بأن هذا الحق لا ينقل منه إلى غيره إلا لسبب، وهو إنابة غيره فيه، كأن يفوض فيه زوجته أو غيرها.

والنيابة في الطلاق تكون بطريقة التوكيل، أو التفويض أو التخيير.

وقد بين الفقهاء أحكام هذه المسألة بصورة إجمالية، فكان الإلمام بها

---

(١) انظر: تفسير ابن كثير ١/٣٧١.

(٢) رواه أبو داود والبيهقي والنسائي وغيرهم، قال الألباني: صحيح، انظر: إرواء الغليل ٧/١٦١.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٣١.

يحتاج إلى جهد كبير ووقت طويل، لأن فروعها متداخلة من حيث المعنى، فتارة تتفق في الأحكام وتارة تختلف من حيث نظر الفقهاء فيها، وقد جعلها بعض الفقهاء ثلاثة أنواع، وهي التوكيل، والتمليك والتخيير[1].

وقد سلكت في بيانها هذا المسلك، إضافة إلى بيان حكم النيابة بالإجمال، وبذلك تتضمن هذه المسألة أربعة فروع:

الفرع الأول: في حكم النيابة في الطلاق من حيث الجملة:

يرى جمهور الفقهاء: أن النيابة في الطلاق جائزة سواء بطريقة التوكيل أو التفويض أو التخيير، وأن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوض إلى المرأة أمر الطلاق ويجعله إلى اختيارها، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً﴾[2].

وسبب نزول الآيتين: أن نساء النبي ﷺ طلبن منه من متاع الدنيا مما ليس عنده فأمره الله تعالى أن يخيرهن بين البقاء معه والصبر على ما معه وبين المفارقة إن لم يصبرن على الحياة معه.

قالت عائشة: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يعد ذلك شيئاً[3]، وفي رواية: «فلم يعد ذلك طلاقاً».

وفي رواية: إنه بدأ بعائشة فقال لها: «أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك»، قالت: وما هو يا رسول الله؟ فقرأ عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟ فأنا أختار الله ورسوله والدار الآخرة[4].

---

(1) وهو مذهب المالكية، انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٨.
(2) سورة الأحزاب: الآيتان ٢٨ و ٢٩.
(3) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٣٦٧/٩، وشرح مسلم للنووي ٦٧٧/٣.
(4) هذه الرواية في صحيح مسلم، انظر: شرح النووي ٦٧٨/٣.

وقد نقل الاتفاق على جواز ذلك[1].

وخالف في ذلك ابن حزم الظاهري، فقال: لا تجوز الوكالة في الطلاق لأن الله تعالى يقول: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾[2].

وقال: لم يأت في جواز التوكيل كتاب ولا سنة، وإنه باطل لأنه مخالفة للكتاب والسنة، ونقل ذلك عن طاووس من فقهاء التابعين[3].

الفرع الثاني: في حكم التوكيل في الطلاق:

تقدم في المسألة السابقة أن التوكيل في الطلاق جائز عند عامة الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا ابن حزم الظاهري، ونقل ذلك عن طاووس من فقهاء التابعين.

والتوكيل في الطلاق: هو أن يقول من هو كامل الأهلية لغيره: وكلتك أن تطلق زوجتي، فإذا قبل الوكيل تمت الوكالة، وللوكيل أن يطلقها متى شاء.

ولا يتقيد ذلك بالمجلس، سواء قيده بالمشيئة أم لا، فللوكيل أن يطلق متى شاء إذا كانت الوكالة مطلقة، إلا إذا قيدها الموكل بزمان أو مكان فلا يملك الوكيل التصرف إلا فيما قيده الموكل، ونقل الاتفاق على ذلك[4]، واختلفوا فيما إذا قال الرجل لامرأته طلقي نفسك هل هو توكيل أم تمليك؟.

يرى الحنفية: أنه تمليك، ويتقيد بالمجلس وليس لها أن تطلق بعد التفرق من المجلس حتى ولو قيد طلاقها بمشيئتها، مثل: أن يقول لها: طلقي نفسك إن شئت أو متى شئت، لأنه لا يمكن أن يجعل ذلك توكيلاً، لأن الإنسان لا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٣٤/٤، ومغني ابن قدامة ١٤١/٧، والتاج المذهب ١٧٠/٢، وتكملة المجموع ١٠٩/١٦.
(٢) سورة الأنعام: آية ١٦٤.
(٣) انظر: المحلى ٥١٣/١١، مسألة ١٩٦٣، ومصنف عبدالرزاق ٤/٧.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨٢٢/٤، وقوانين الأحكام الشرعية ص٢٥٢، ومغني ابن قدامة ١٥٢/٧، والتاج المذهب ١٦٧/٢.

يصلح أن يكون وكيلاً في حق نفسه، فلا يمكن أن تكون وكيلة في حق نفسها، وإنما تكون مالكة للطلاق بتمليك الزوج لها، فيتعين حمله على التمليك دون التوكيل، لذلك تكون مقيدة بالمجلس. أما إذا قال: أمرك بيدك إذا شئت أو متى شئت فلها الخيار في المجلس وغيره، فرقوا بين التمليك الصراع والتمليك بالكناية.

وقال بعض الفقهاء: إنه توكيل، فلها أن تطلق نفسها في المجلس أو في غيره سواء أطلق ذلك أم قيده بالمشيئة، إلا إذا جعل لها مدة محددة فليس لها أن تطلق إلا في تلك المدة فقط[1].

ـ وقال بعض الفقهاء: إن أطلق ذلك كان مقيداً بالمجلس، وإن قال لها متى شئت فلا يتقيد ذلك بالمجلس، ولها أن تطلق نفسها متى شاءت ويبدو أن هذا القول هو الراجح، والله تعالى أعلم[2].

ويشترط في الوكيل أن يكون ممن يصح أن يباشر الطلاق بنفسه، إلا المرأة فإنه يصح توكيلها في طلاقها وطلاق غيرها وهي لا تصح أن تباشره بنفسها، وقال بعض الفقهاء: يصح توكيلها في طلاق نفسها فقط للحاجة إلى ذلك ولا يجوز توكيلها في طلاق غيرها، لأنه لا حاجة إلى ذلك[3].

ـ ويجوز في مذهب الحنابلة أن يجعل الطلاق بيد صبي يعقل، بناء على صحة طلاقه عندهم[4].

ـ والوكيل يعمل بإرادة الموكل من صفة الطلاق وعدده، ولا يطالب الوكيل بشيء من حقوق عقد النكاح، وإنما يطالب بذلك الموكل.

وتبطل الوكالة بخروج الوكيل أو الموكل عن الأهلية وبالعزل من قبل الموكل أو الوكيل.

ـ ويصح عزل الوكيل عن الوكالة في الطلاق وإن كان الزوج غائباً،

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٥٢/٧، وبدائع الصنائع ١٨٤٣/٤. و ١٨٢٦.

(٢) وهذا قول أكثر فقهاء الحنابلة، انظر: المصادر السابقة، وفتح الباري ٣٦٩/٩.

(٣) انظر: المهذب ٣٥٦/١، وذكر ابن قدامة عن أصحاب الرأي أنه يصح جعل الطلاق بيد صبي أو مجنون، انظر: مغني ابن قدامة ١٤٥/٧.

(٤) انظر: المرجع السابق.

لأن الوكالة ليست بلازمة، إلا أنه يكره للمرأة أن تتزوج، لاحتمال أن الزوج رجع عن الوكالة، وقال بعض الفقهاء: لا يصح عزله، لأنه تعلق بالوكالة حق المرأة فأشبه الوكيل في الخصومة[1].

والظاهر أنه يجوز لعدم المانع من ذلك، وعلى المرأة أن تتأكد من وقوع طلاقها.

الفرع الثالث: في حكم تمليك الطلاق ـ التفويض ـ:

يرى بعض الفقهاء: أن التمليك والتفويض والتخيير بمعنى واحد من حيث ترتب الأحكام عليها، وفرق بعضهم في ذلك، وبعد هذه المسألة نذكر ذلك التفريق بإذن الله تعالى.

والنظر في التمليك أو التفويض يكون من حيث لـزومه، ومن حيث وقت لزومه ومن حيث صيغته، ومن حيث أثره.

أ ــ أما من حيث لزومه فللفقهاء في ذلك رأيان:

أحدهما: أنه لازم من جهة الزوج، فمن قال لزوجته: أمرك بيدك، فليس له أن يرجع بعد ذلك ولو لم يقع منها طلاق.

وهذا مذهب الحنفية والمالكية وهو قول في مذهب الشافعية[2].

وحجتهم لذلك: بأنه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك إبطاله بالرجوع.

ولأن هذا النوع من التمليك بمعنى التعليق فلا يحتمل الرجوع والفسخ كسائر التعليقات.

ثانيهما: أنه ليس بلازم لا من جهة الزوج ولا من جهة الزوجة، وله أن يرجع عن ذلك ما لم توقع المرأة الطلاق.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٨٩، ومغني ابن قدامة ٧/ ١٤٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٨٢٢، وحاشية الدسوقي ٢/ ٤٠٦، والتاج المذهب ٢/ ١٦٩، وفي مذهب الهادوية إذا قالت: أمرك بيدك لا يصح الرجوع إن نواه تمليكاً وإن نواه توكيلاً صح الرجوع.

وهذا مذهب الحنابلة وهو قول في مذهب الشافعية[1].

وعللوا لذلك: بأنه توكيل، فله الرجوع كالتوكيل في البيع.

والظاهر أن القول الأول أقرب إلى الصواب من حيث المعنى، والله أعلم.

ب ـ وأما من حيث وقت لزومه، فهل يكون مقصوراً على المجلس، أو أنه لا يتقيد بالمجلس وإنما يكون الطلاق بيدها أبداً؟، هذا إذا ملكها مطلقاً.

يرى جمهور الفقهاء: أنه مقصور على المجلس وليس لها أن تطلق نفسها بعد مفارقة المجلس، لأن قوله: أمرك بيدك أو طلقي نفسك تمليك منه لها فيقتصر على المجلس فقط.

وقيد بعض الفقهاء اختيارها الطلاق في المجلس ما لم يحدث ما يدل على الإعراض، فإن حدث ما يدل على الإعراض من قول أو فعل لا صلة له بالموضوع سقط حقها في الطلاق، ولا يضر طول الفصل ما لم يحدث إعراض[2]، أما إذا قيد ذلك بالمشيئة أو بغيرها فلها الخيار في المجلس وغيره وهذا مما لا خلاف فيه فيما أعلم.

وقال بعض الفقهاء: إن الطلاق يكون بيدها أبداً، وهو مذهب الحنابلة[3]

واستدلوا بما نقل عن بعض الصحابة أنهم عدوا ذلك على التراخي، ولأنه نوع من التوكيل، كما لو جعل ذلك لأجنبي.

والظاهر أن التفصيل في هذه المسألة هو الصواب كما تقدم في المسألة السابقة، وهو أن التمليك إذا كان مطلقاً يتقيد بالمجلس، فأما لو صرح

---

(١) انظر: المهذب ٢/ ٨١، ومغني ابن قدامة ٧/ ١٤٢.

(٢) وقال بعض الفقهاء: إنه على الفور فإن أخرت الجواب عقيب قوله لم يقع طلاقها بعد ذلك، لأنه نوع تمليك فيكون على الفور كسائر التمليكات، انظر: تكملة المجموع ٩٢/١٦.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ١٤١/٧.

الزوج بالفسحة في تأخيره لسبب يقتضي ذلك فيتراخى، وهذا ما يدل عليه حديث عائشة، وفيه: أن النبي ﷺ قال لها: «أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك»، وهذا ما اختاره ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى[1].

وهل إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها يكون في الحكم كما لو جعله في يدها؟ قال ابن قدامة: إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم ما لو جعله بيدها[2].

يعني أن الخلاف فيه كالخلاف فيما لو جعله بيدها فيكون بيده في مذهبهم ومذهب الهادوية ويتقيد بالمجلس في مذهب الحنفية والمالكية وقول في مذهب الشافعية.

- ويصح تعليق التمليك بالشروط، سواء جعل ذلك للزوجة أم لأجنبي.

فيقول مثلاً: إذا قدم فلان فأمرك بيدك، أو يقول لآخر: فأمر امرأتي بيدك أو يضيف ذلك إلى زمان، فيقول: إذا جاء يوم كذا، أو شهر كذا فأمرك بيدك، ونحو ذلك.

فيصح الطلاق في الوقت الذي عينه الزوج، فلا يصح قبله ولا بعده، وللزوج الرجوع في ذلك، لأنه عقد غير لازم[3].

وقال بعض الفقهاء: أنه متى علم الحاكم أن الزوج قد جعل أمر الطلاق بيد امرأته إلى أمد معلوم يوقفها ويأمرها: إمّا أن توقع الطلاق وإمّا أن ترده إلى الزوج ولا يمهلها إلى تمام الأجل، وهذا مذهب المالكية[4].

والقول الأول هو أقرب إلى الدليل، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: فتح الباري ٩/٣٦٩.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/١٤٤.
(٣) وهذا مذهب الحنابلة، انظر: مغني ابن قدامة ٧/١٤٦، والمختار أنه لا يصح الرجوع كالتعليق.
(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٢/١٠٦ و٤٠٧.

جـ ـ وأما باعتبار صيغته فيكون صريحاً ويكون كناية، يكون صريحاً في عدده فيما لو قال لها: طلقي نفسك واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً، فتملك العدد الذي ملكها إياه صريحاً، وإذا قال لها: طلقي نفسك وأطلق، فتملك واحدة فقط لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم، إلا إذا نوى أكثر من واحدة فيقع ما نواه بناء على مذهب من قال بوقوع ثلاث طلقات بلفظ واحد، بخلاف ما لو ملكها أو ملك غيرها أكثر من واحدة فيعتبر صريحاً في تمليكها ما أرادت من الطلاق، وإذا قال لها: أمرك بيدك: فهذا اللفظ كناية، لأنه يحتمل الطلاق وعدمه فلا يقع الطلاق إلا بالنية، وهل تكفي نية الرجل، أو أنه لا يقع إلا بنيته ونيتها معاً؟.

يرى الحنفية والهادوية: أن المعتبر في الكناية نية الزوج فقط[1].

ويرى الشافعيه والحنابلة: أنه لا بد من نيتها أيضاً، لأنها أوقعت الطلاق بلفظ الكناية.

ويرى المالكية: أن هذا اللفظ صريح في الطلاق فيقع ولو لم ينو كل منهما بناء على قولهم بأن الكنايات الظاهرة طلاق صريح[2].

د ـ وأما باعتبار أثره فيرى جمهور الفقهاء: أن المرأة إذا اختارت الطلاق فطلقت نفسها بعد أن ملكها زوجها الطلاق أو خيرها فيه فاختارت نفسها تطلق طلقة واحدة رجعية لأنه تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وهو طلقة واحدة رجعية، ولأنها طلقة واحدة بعد الدخول وبغير عوض ولم يكمل بها العدد، فأشبه ما لو طلقها واحدة.

ولم يفرق جمهور الفقهاء بين التوكيل والتفويض فيقع الطلاق رجعياً، سواء صرح بلفظ الطلاق أم لم يصرح به ما دام أنه لم ينو الثلاث.

ووافقهم الحنفية في ذلك إلا فيما إذا قال لها: اختاري نفسك، فقالت: اخترت نفسي، فتقع واحدة بائنة وإن نوى الثلاث، وعللوا لذلك: بأن الزوج

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٢٢/٤، والتاج المذهب ١٦٧/٢.

(٢) انظر: المهذب ٨٣/٢، ومغني ابن قدامة ١٤٣/٧. وفي مذهب الحنفية يكون طلاقاً بائناً والكناية عندهم تكون طلاقاً بائناً إذا نوى بها الطلاق أو قامت قرينة تدل على نيته.

خيرها بين أن تختار نفسها لنفسها، وبين أن تختار نفسها لزوجها، فلو كان رجعياً لم يكن اختيار نفسها لنفسها وإنما كان اختيار نفسها لزوجها.

أما إذا وكلها في الطلاق أو قال لها: طلقي نفسك فمتى طلقت نفسها كان طلاقاً رجعياً، ويشترط فيه أن يكون في المجلس.

وإذا قال لها: اختاري الطلاق فاختارته وقع طلاقاً رجعياً، لأنه صرح بالطلاق، لأن ظاهر اللفظ أنه خيرها بين نفسها بتطليقة رجعية وبين رد التطليقة[1].

وفي مذهب المالكية: أنه إذا قيد في التوكيل أو التمليك أو التخيير بواحدة أو اثنتين أو بثلاث فلها أن تفعل ما جعل في يدها من العدد فإن زادت على ما جعل في يدها ناكرها، فإن سكت سقط حقه ووقع ما أوقعته من الطلاق.

وإذا أطلق في التوكيل أو التمليك فطلقت نفسها واحدة أو اثنتين لم تذهب عصمتها، وله أن يراجعها، فإن زادت على واحدة فليناكرها، هذا في حالة التوكيل أو التمليك.

أما إذا خيرها بين فراقه وبين البقاء معه فاختارت نفسها وقعت ثلاثاً وليس له رجعة عليها، لأن سلطانه عليها لا يزول إلا بالثلاث، فإن اختارت واحدة أو اثنتين لم يقع شيء، لأنها لم تختر نفسها، إلا إذا كانت غير مدخول بها فتبين بواحدة[2].

وإذا خير الرجل زوجته فاختارت زوجها لم يقع شيء.

لما مر في حديث عائشة أنها قالت: خيرنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاخترناه فلم يعد ذلك شيئاً، وفي رواية فلم يعد ذلك طلاقاً.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٣٧/٤، والاختيار ١٣٤/٣، وما بعدها.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ و٤٠٨، وبداية المجتهد ٧١/٢، وقوانين الأحكام ص ٢٨٥. وإذا قال لزوجته: أنا منك طالق، وجعل أمر امرأته بيدها فقالت: أنت طالق لم تطلق، ونقل عن الحنفية، وهو قول للحنابلة وتطلق في مذهب الشافعية والمالكية، ونقل عن غيرهم أيضاً. انظر: مغني ابن قدامة ١٣٣/٧، ونقل الاتفاق: على أنه بدون نية لا يقع.

وفي قول لبعض الفقهاء: إنها تقع طلقة[1].

وهذا مخالف لما دل عليه الحديث.

الفرع الرابع: في حكم التخيير في الطلاق:

والتخيير في الطلاق: هو أن يخير الرجل زوجته بين فراقه وبين البقاء في عصمته، والتخيير كالتمليك في أكثر الأحكام التي ذكرتها، وهي من حيث لزومه ووقت لزومه ومن حيث لفظه، ومن حيث أثره، إلا أن بعض الفقهاء فرق بينه وبين التمليك، كما هو مبين في المسألة الثالثة في الفقرة الأخيرة منها في مذهب الحنفية والمالكية.

ويظهر من مذهب الحنابلة: أنهم فرقوا بين التمليك، والتخيير.

قال ابن قدامة: ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها ولا يتقيد ذلك بالمجلس، ثم ذكر القول الثاني عن مالك والشافعي وأصحاب الرأي أنه مقصور على المجلس ولا خيار لها بعده.

وذكر في التخيير مذهبين، المذهب الأول، وقال: إنه مذهب أكثر أهل العلم، إن التخيير على الفور، إن اختارت في وقتها، وإلا فلا خيار لها بعده، وذكر ذلك عن بعض الصحابة والتابعين ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وعلل لذلك: بأنه خيار تمليك فكان على الفور، كخيار القبول.

والمذهب الثاني: أنه على التراخي، ولها أن تختار في المجلس أو بعده ما لم يفسخ أو يطأ، ونقل ذلك عن الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن المنذر ومالك في إحدى الروايتين.

واستدلوا بحديث عائشة أن النبي ﷺ لما خيرها، قال لها: «أحب أن لا تعجلي حتى تستشيري أبويك».

---

(١) تقع طلقة واحدة رجعية، ونقل ذلك عن الإمام علي وزيد بن ثابت والحسن البصري، وحجتهم: أن التخيير كناية نوى بها الطلاق فيقع بمجرد صدورها، سواء اختارت الطلاق أم لا، انظر: فتح الباري ٣٦٧/٩ و٣٦٨، وحديث عائشة رضي الله عنها يدل على أنه لا يقع شيء إن اختارت زوجها.

ولو قالت لزوجها: أنت طالق، أو أنت مني طالق بعد أن ملكها، وقع الطلاق في مذهب الشافعية. انظر: المهذب ٨١/٢، ولم يقع طلاقاً في مذهب الحنفية، لأن الزوج لو قال لها: أنا منك طالق لم يقع. انظر: بدائع الصنائع ١٨٣٢/٤.

ورد ابن قدامة على الحديث، فقال: إن النبي ﷺ خيرها على التراخي والخلاف في المطلق.

ثم ذكر بأن التخيير ليس كالأمر باليد، فإن التخيير المطلق يكون على الفور وأما الأمر باليد فليس على الفور وإن كان مطلقاً، لأن الأمر باليد توكيل، والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد[1].

والذي يظهر لي أن القول بعدم التفريق بين التمليك والتخيير المطلقين هو الصواب، والله تعالى أعلم[2].

المبحث الثالث

في شروط إيقاع الطلاق

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: ما يشترط في المطلق:

يشترط في الزوج لكي يصح الطلاق منه الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون عاقلاً:

وزوال العقل يختلف، وهو إما أن يكون بأمر سماوي، كالجنون، والإغماء، وإما أن يكون بسبب من نفس الإنسان، كشرب المسكر ونحو ذلك مما يؤدي إلى زوال العقل.

أ ـ أما من زال عقله بغير سكر أو ما في معناه، كالمجنون والمغمى عليه فلا يقع طلاقه، ونقل إجماع الفقهاء على ذلك[3]

وكذلك النائم إذا تلفظ بالطلاق حال نومه فلا يقع منه طلاق، واستدلوا بحديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «رفع القلم

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٤١/٧ و١٤٧.
(٢) لأن التخيير المطلق كالتمليك المطلق من حيث المعنى، وسبب الخلاف تردد التمليك بين التوكيل والتخيير، والله تعالى أعلم.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ١١٣/٧.

عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل، وعن الصبي حتى يكبر، وفي رواية حتى يحتلم»[1].

واستدلوا أيضاً بحديث أبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله»[2].

ب ـ وأما إن زال عقله بسبب فإن حكمه يختلف باختلاف الداعي إلى تعاطي الشيء الذي يزيل العقل.

١ً ـ فإن شرب المسكر وهو لا يعلم أنه مسكر، أو أكره على شربه أو شربه لضرورة ثم زال عقله فلا يقع طلاقه، لأن التكليف يرفع عنه، لأنه ليس بعاص بفعله، قال ابن قدامة: ولا نعلم فيه خلافاً[3].

٢ً ـ وإن شرب المسكر وهو عالم به مختاراً وغير مضطر إليه فهذا فيه خلاف عند الفقهاء في وقوع طلاقه.

١ ـ يرى جمهور الفقهاء: أنه يقع طلاقه.

واستدلوا بحديث أبي هريرة السابق: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه».

واستدلوا أيضاً بما روي: أن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف، فقالوا: إنه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون جلدة[4].

---

(١) قال الألباني: صحيح، وروى الحديث: أبو داود والنسائي وابن ماجه وغيرهم، انظر: إرواء الغليل ٢/٤، وعون المعبود ١٢/٧٢، وسنن ابن ماجه ٢/٦٥٨.

(٢) رواه الترمذي، وقال ابن حجر: ضعيف جداً، وصح موقوفاً عن الإمام علي رضي الله عنه أنه قال: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه، وعلقه البخاري في صحيحه، انظر: إرواء الغليل ٧/١١٠، وفتح الباري ٩/٣٨٨ و٣٩٣.

(٣) انظر: المغني ٧/١١٤، وفي مذهب الحنفية: إن شرب مكرهاً أو مضطراً لعطش وحصلت له لذة بشربه وقع طلاقه، انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٩١، وفي مذهب الهادوية: يقع طلاقه ولو أكره على الشرب وسكر سواء بقي له تمييز أم لا، انظر: التاج المذهب ٢/١١٩.

(٤) روى ذلك الحاكم والبيهقي وغيرهما وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي وقال الألباني بل ضعيف، انظر: إرواء الغليل ٨/٤٦.

ولأن عقله زال بسبب معصية فيقع الطلاق عليه زجراً له بسبب تلك المعصية، ولأنه مكلف، والدليل على تكليفه: أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة، وبهذا فارق المجنون[1].

وقال بعض الفقهاء: لا يقع طلاق السكران مطلقاً.

وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة، ونقل ذلك عن الليث بن سعد وداود الظاهري وعمر بن عبدالعزيز وعثمان رضي الله عنهم وغيرهم[2].

وعللوا لذلك: بأنه زائل العقل، فأشبه المجنون والنائم، ولأنه مفقود الإرادة، فأشبه المكره، ولأن العقل شرط للتكليف، لأن التكليف عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه.

والظاهر: أن القول بعدم وقوع الطلاق من السكران هو الراجح، لأنه يعتبر كالمجنون والمعتوه، وقد نقل القول بعدم وقوع طلاقه نقلاً صحيحاً عن بعض الصحابة والتابعين وغيرهم.

وأما الرواية التي جاء فيها: بأن الصحابة اعتبروه كالصاحي فليست بصحيحة، وإن صحت فتحمل على أنها في قضية خاصة، وهي الافتراء، لأن فيه اعتداء على الغير بخلاف الطلاق فإنه ليس فيه اعتداء على حق أحد، فلا يقع منه.

وأما ما قيل: من أن الطلاق يقع منه زجراً له بسبب المعصية فيجاب على ذلك بأن الإسكار شرعت له عقوبة خاصة وهي الجلد حداً فيكتفي بها، وأما العقوبة بإيقاع الطلاق منه فلم تكن مشروعة، والله تعالى أعلم.

٢ ـ أن يكون بالغاً:

يرى جمهور الفقهاء: أنه يشترط لصحة وقوع الطلاق البلوغ، فلا يقع

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٧٩٠/٤، وتكملة المجموع ٦٢/١٦، وحاشية الدسوقي ٣٦٥/٢، ومغني ابن قدامة ١٤/٧، والتاج المذهب ١١٩/٢.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ١٥/٧، وفتح الباري ٣٩١/٩، والمصادر السابقة.

طلاق الصبي ولو كان يعقل الطلاق ويعلم ما يترتب عليه من آثاره[1].

واستدلوا: بحديث عائشة السابق: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم». ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه، كالمجنون.

وقال بعض الفقهاء: يقع طلاق الصبي الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به، وهذا قول في مذهب الحنابلة، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين.

واستدلوا بعموم حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[2].

واستدلوا أيضاً: بحديث أبي هريرة السابق: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه، قالوا: إن من يقع طلاقه من الصبيان ما بين عشر سنين إلى اثنتي عشرة سنة، لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا.

وبناء على القول بوقوع الطلاق من الصبي، فإنه يصح توكيله فيه، لأن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله فيه كالبالغ[3].

والظاهر: أن قول الجمهور هو الراجح، لأن أدلتهم صريحة في ذلك، ولأن الصبي ليس له الإدراك الكامل في تقدير ما يضره، فلا يصح طلاقه ولا تزويجه[4].

---

(١) انظر: مصادر الفقهاء السابقة.
(٢) رواه ابن ماجه وغيره، وهو حسن بطرقه وشواهده، انظر: إرواء الغليل ١٠٨/٧.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ١١٦/٧ و١١٧.
(٤) ويصح عقد الزواج بعبارته في مذهب الحنفية ويكون موقوفاً على إجازة وليه بخلاف الطلاق فلا يصح منه، لأنه من الأمور الضارة به، وهو أيضاً قول الهادوية والمالكية، كما تقدم ذلك في أركان الزواج.

٣ ـ أن يكون مختاراً:

أ ـ يرى جمهور الفقهاء: أن طلاق المكره لا يقع[١].

واستدلوا بحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٢].

واستدلوا أيضاً بحديث عائشة أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[٣].

والمراد بالإغلاق: التضييق، وهو الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه. ولأن المكره يتلفظ بالعبارة وهو لا يقصد معناها وإنما يقصد بها دفع الأذى عن نفسه.

وقال بعض الفقهاء: إن طلاق المكره واقع، وهذا قول الحنفية، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين[٤].

وعللوا لذلك: بأنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن حكمه، لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته.

ويبدو أن قول الجمهور هو الراجح، للأدلة الصريحة في ذلك، ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾[٥].

---

(١) انظر: تكملة المجموع ٦٦/١٦، وحاشية الدسوقي ٣٦٧/٢، ومغني ابن قدامة ١١٨/٧، وفي مذهب الهادوية يقع إن نواه، انظر: التاج ١١٩/٢، ومجموع فتاوى ابن تيمية ١١٠/٣٣.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص ٢٨١/٤: وقال النووي: حديث حسن رواه ابن حبان والدارقطني والبيهقي والحاكم وذكر له عدة طرق.

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وغيرهم وصححه الحاكم، ونقل الشوكاني عن بعض العلماء أنه ضعفه، وقال الألباني: حسن، انظر: نيل الأوطار ٢٦٥/٦، وإرواء الغليل ١١٣/٧.

(٤) انظر: فتح القدير ٤٨٨/٣، وفتح الباري ، ٣٩٠/٩، ومغني ابن قدامة ١١٨/٧.

(٥) سورة النحل: آية ١٠٦.

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى وضع الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه وأسقط عنه أحكام الكفر، فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر، لأن الأعظم إذا سقط سقط ما دونه من باب أولى، هذا إذا كان الإكراه بغير حق.

أما إذا كان بحق، كإكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء، وإكراه الرجلين الذين زوجها وليان ولم يعلم السابق منهما على الطلاق فإن الطلاق يقع، ولا خلاف في ذلك فيما أعلم.

ب ـ ما حد الإكراه الذي لا يكون معه طلاق؟:

يكون مكرهاً: إذا حصل له وعيد ممن لا يقدر على الامتناع منه وغلب على ظنه أنه إذا لم يطلق فعل به ما أوعده من قتل أو ضرب شديد أو إتلاف مال أو ولد.

فإن توعده بضرب خفيف أو حبس أو شتم فلا يكون إكراهاً إلا في حق أصحاب المروءات الذين لا يتحملون ذلك، أما إذا كان من العوام أو سخفاء الرعاع لم يكن إكراهاً في حقه، لأنه لا يبالي به[1].

ج ـ حكم طلاق الغضبان:

يرى بعض الفقهاء: أن الطلاق في حال الغضب لا يقع، وممن رأى ذلك: ابن القيم الجوزية أحد فقهاء الحنابلة.

واحتج بحديث عائشة السابق: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»، فقال: إن المراد بالإغلاق في الحديث هو الغضب، لأن الغضبان غلق عليه باب القصد لشدة غضبه، وهو كالمكره ثم قال: بل الغضبان أولى بالإغلاق من المكره[2].

ويرى جمهور الفقهاء: أن طلاق الغضبان يقع مطلقاً، ولا فرق بينه

---

(١) انظر: مصادر الفقهاء السابقة وعلى المكره أن يحاول أن يوري بلفظه بالطلاق فيقصد مثلاً أنها طالق من الوثاق ونحو ذلك، ولا يقصد به المفارقة للزوجة.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٥٢/٣.

وبين الراضي في وقوع الطلاق، وقالوا: لو جاز عدم وقوع طلاق الغضبان لكان لكل أحد أن يقول فيما جناه: كنت غاضباً[1].

والظاهر أن الغضبان إذا أوصله غضبه إلى حالة: لا يدري فيها ما يقول وما يفعل ولا يميز شيئاً عن شيء فلا يقع طلاقه، وهذه حالة نادرة لا تكاد تقع.

ويحمل ما نقل من تفسير بعض العلماء: الإغلاق الوارد في الحديث بالغضب على هذه الحالة، والله تعالى أعلم.

٤ ـ حكم طلاق الهازل:

الهازل: هو الذي يتلفظ بالكلمة ولا يقصد وقوعها، وإنما يقولها لغرض اللهو واللعب، وهو يعلم معنى الكلمة ويقصد التلفظ بها في هذا المعنى ولكنه لا يقصد الالتزام بآثارها وإنما يقصد بها اللهو واللعب.

فمن تلفظ بالطلاق وهو هازل وخاطب به امرأته وقع الطلاق منه ظاهراً وباطناً، وذكر بعض الفقهاء: الإجماع على ذلك[2].

واستدل الفقهاء إضافة إلى الاستدلال بالإجماع: بحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة»[3].

وقد أوقع الشرع الطلاق من الهازل زجراً له وسداً لذريعة الاستهانة بأحكام الشريعة، ودفعاً للضرر اللاحق بالمرأة من جراء ذلك، لأنه لو قبل منه ادعاؤه الهزل لما حصل لها حقها بوقوع الطلاق عليها.

---

(١) انظر: فتح الباري ٣٨٩/٩، وتكملة المجموع ٦٨/١٦.

(٢) ذكر إجماع الفقهاء العلامة الرملي في نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٤٣/٦، وابن قدامة نقلاً عن ابن المنذر، انظر: المغني ١٣٥/٧، وانظر أيضاً: حاشية الدسوقي ٣٦٦/٢، وبدائع الصنائع ١٧٩٢/٤، والتاج ١١٩/٢.

(٣) رواه الترمذي وحسنه ورواه أيضاً أبو داود وابن ماجه والحاكم وغيرهم، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال الألباني: حسن، انظر: إرواء الغليل ٢٢٤/٦.

٥ ـ حكم طلاق المخطىء:

والمخطىء: هو الذي يتلفظ بالكلمة بدون أن يقصد لفظها ولا معناها، فلو سبق لسان رجل بطلاق بلا قصد صدق في الباطن ولا يصدق في الظاهر، لأنه ادعى خلاف ما يقتضيه الظاهر عرفاً، كما لو أراد أن يقول لزوجته: أنت طارق، فسبق لسانه فقال: طالق، وادعى أنه لم يقصد الطلاق يقبل قوله فيما بينه وبين الله، يعني: يقبل قوله في الفتوى ولكن لا يقبل في القضاء لتعلق حق الغير به، فلا يصدق في دعواه[1].

وفي هذا الصدد قال ابن حزم: ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه، فإن قامت بينة قضى عليه بالطلاق، وإن لم تقم بينة عليه لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق[2].

واستدل الفقهاء على عدم وقوع طلاقه في الفتوى بقوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾[3].

وبحديث ابن عباس السابق مرفوعاً: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

وأطلق جمهور الفقهاء الحكم في دعوى المخطىء سواء كانت بقرينة أم بغير قرينة.

وذكر بعض فقهاء الشافعية: أنه إذا جاء بقرينة في دعواه يصدق ظاهراً وباطناً، كما لو كان اسم زوجته: طارقاً أو طالعاً، فناداها يا طالق فذكر أن لسانه التف عليه بحرف آخر، فيصدق للقرينة على صدقه، ولا يجوز لمن علم صدقه أن يشهد عليه[4].

وصرح المالكية: بأنه يقبل قوله في هذه الصيغة في الفتوى دون القضاء.

---

(١) انظر: كشاف القناع ٥/٢٧٨، وحاشية الدسوقي ٢/٣٦٦.
(٢) انظر: المحلى ١١/٥٢، وانظر أيضاً: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣/١١٤.
(٣) سورة الأحزاب: آية ٥.
(٤) انظر: نهاية المحتاج ٩٦/٤٣٢.

٦ ـ حكم طلاق السفيه:

«السفه هو الجهل»، والسفيه: هـو سيء التصرف في المال.

ويصح طلاق السفيه، لأن طلاقه لا يتعلق بالمـال الذي حجـر عليه لأجلـه، لأن الحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه، كالمفلس وهذا مذهب عامة الفقهاء[1].

إلا أنه نقل عن عطاء أحد فقهاء التابعين أنه قال: لا يقع طلاقه[2].

المطلب الثاني: ما يشترط في المطلقة:

يشترط في المرأة لأجل أن يقع الطلاق عليها أن تكون محلاً للطلاق. وتكون محلاً لوقوع الطلاق عليها في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: أن يكون عقد الزواج الواقع عليها صحيحاً، فمن عقد على امرأة بعقد فاسد، كما لو تزوجها وهي مشركة أو في عدتها أو بلا ولي ولا شهود، أو كانت من المحرمات عليه على التأقيت أو على التأبيد، فإنه يفرق بينهما بدون طلاق، لأن العقد الفاسد وجوده كعدمه، فلا يحتاج في فراقها إلى طلاق[3].

الحالة الثانية: أن يكون عقد الزواج قائماً حقيقة، يعني أن تكون المرأة في عصمته ولم يقع عليها طلاق رجعي ولا بائن وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١١٨/٧، ومغني المحتاج ١٧٢/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٣، قال في مغني المحتاج: ويصح طلاقه ورجعته وخلع زوجتـه بمثل المهـر وبدونه، انظر: مغني المحتاج ١٧٢/٢.

(٢) ولم يشترط جمهور الفقهاء في المطلق أن يكـون مسلماً، فيصح الـطلاق عندهم من الكافر، لأنه مكلف بفروع الشريعة ولا يصح الطلاق في مذهب المـالكية إلا من المسلم، انظر: حاشية الدسوقي ٣٦٥/٢، وتكملة المجموع ٦٨/١٦.
ويصح الطلاق من الصحيح باتفاق الفقهاء واختلفوا في حكم طلاق المـريض وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك في قسم الزواج في الحقوق المشتركة بين الزوجين.

(٣) وهناك خلاف في الفرقة من النكاح المختلف فيه تقدمت الإشارة إليه في الحقوق المشتركة بين الزوجين.

الحالة الثالثة: أن تكون المرأة معتدة من طلاق رجعي، فالمطلقة الرجعية يلحقها الطلاق، لأن الزواج قائم حكماً فلا ينتهي إلا إذا انتهت عدتها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

ولا فرق عندهم في الطلاق المتواصل، كما لو قال لزوجته: أنت طالق أنت طالق، أنت طالق، في مجلس واحد، أو كان مفرقاً في مجالس متعددة فيلحقها ولا خلاف عندهم في ذلك ما دام أنها مدخول بها حتى ولو لم تتخلل رجعة بين الطلقتين.

ودليلهم على ذلك عموم قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾[2].

فإنها تدل على أن الطلقة الثانية تلحق الأولى مطلقاً سواء تخلل بينهما رجعة أم لا.

ولأن المطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة من حيث أنهما يتوارثان وأن لها النفقة وله أن يختلي بها ونحو ذلك فيلحقها الطلاق ما دام أن له الرجعة عليها.

وقال بعض الفقهاء: أن الطلاق لا يتبع الطلاق حتى تتخلله رجعة، وقال بهذا فقهاء الزيدية وجماعة من فقهاء المعتزلة[3].

واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعمر، لما أخبره أن ابنه طلق زوجته وهي حائض: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١١١/٧ و١٧٤، والمحلى لابن حزم ٤٧٣/١١، مسألة ١٩٥٥، وقد نقل ابن جزي الاتفاق على جواز الإرداف في الطلاق، انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٤، وقال مؤلف مغني المحتاج: ويلحق الطلاق رجعية، لأنها في حكم الزوجات لبقاء الولاية عليها بملك الرجعة، انظر: مغني المحتاج ٢٩٣/٣.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٣) انظر: البحر الزخار ١٧٤/٤، والتاج المذهب ١٢٩/٢، وأخذ قانون الأحوال الشخصية اليمني بهذا القول فقال في المادة ٦٢ الطلاق لا يتبع الطلاق ما لم تتخلله رجعة قولية أو فعلية.

ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»[1].

قالوا: فلو صح الطلاق من غير رجعة لم يأمره بها.

والظاهر: أن هذا الاستدلال غير صحيح، لأن الأمر بإرجاعها كان لعدم مشروعية الطلاق في وقت الحيض فلو أردفها بطلقة لوقعت كما وقعت الأولى، ولا دلالة فيه على عدم وقوع الطلاق مرة أخرى.

الحالة الرابعة: أن تكون معتدة من طلاق بائن أو خلع.

فيرى جمهور الفقهاء: أن هذه المعتدة لا يلحقها طلاق، لأن الطلاق تصرف في الملك بالإزالة، والملك قد زال بالخلع أو بالطلاق البائن فلا يلحقها طلاق، لأن إزالة الزائل محال[2].

ويرى الحنفية: أن الطلاق الصريح يلحق المعتدة من طلاق بائن أو خلع، لأن العدة من آثار الزواج، لأن المعتدة ممنوعة من الخروج والبروز، والزواج بآخر، ولأن حل المحلية قائم في العدة بالنسبة للمطلق فلا يزول إلا بالطلقات الثلاث، وقال بذلك بعض فقهاء آل البيت[3].

وكذلك المعتدة من فرقة اعتبرت فسخاً بسبب ردتها، أو امتناعها عن الدخول في الإسلام، فإنها لو طلقت أثناء العدة وقع عليها الطلاق زجراً لها، وعلى ذلك: فإن أسلمت وعقد عليها زوجها من جديد فإن هذا الطلاق يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

قال ابن عابدين: والظاهر أنه لا فرق في وقوع الطلاق عليها سواء كان الآبي عن الدخول في الإسلام هي أو هو[4].

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ٣٤٥/٩، وشرح مسلم للنووي ٦٥٩/٣.

(٢) انظر: مصادر الفقهاء السابقة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧٠/٤، وشرح الأزهار لابن مفتاح ٤٥٥/٢.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ١٩٠/٣.

والذي يبدو لي: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن البائن بفسخ أو طلاق تعتبر كالأجنبية فلا يلحقها طلاق.

المطلب الثالث: في حكم الإشهاد على الطلاق واختلاف الزوجين فيه:

أ ـ أما الإشهاد على الطلاق فقد جاء في القرآن الكريم، كما في قوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾[1].

فالأمر بالإشهاد في الآية يحتمل أن يكون راجعاً إلى الرجعة فقط لا إلى الفراق المذكور في الآية، وقال بعض المفسرين: إنه راجع إلى الفراق قال القرطبي في تفسيره: والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق وقيل: راجع إلى الرجعة والفرقة جميعاً، ويكون المعنى: وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعاً[2].

وخلاصة المسألة أن فيها للفقهاء ثلاثة آراء:

أحدها: أن الأمر بالإشهاد مستحب في الطلاق والرجعة، بناء على أن الأمر في الآية للاستحباب، وهو مذهب جمهور الفقهاء.

ثانيها: أن الإشهاد مستحب في الطلاق وواجب في الرجعة بناء على أن الأمر للوجوب وهو راجع للرجعة فقط لا إلى الطلاق، وهو قول في مذهب الشافعية.

وأما استحباب الإشهاد في الطلاق فلئلا يقع بين الزوجين خلاف وتجاحد، وألا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث[3].

---

(١) سورة الطلاق: آية ٢.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٨/١٥٧.

(٣) انظر: المرجع السابق وتفسير آيات الأحكام للصابوني ٢/٥٨٦، وقد بينت في شروط الرجعة أن القول بوجوب الإشهاد هو مذهب الظاهرية وقول في مذهب الشافعية والحنابلة.

ثالثها: أن الإشهاد واجب في الرجعة وفي الطلاق، بناء على أن الأمر يرجع إلى الرجعة والفراق، وهذا مذهب الظاهرية[1].

والأخذ بظاهر الآية: أولى، لئلا يقع خلاف وتنازع والله تعالى أعلم.

ب ـ وإذا اختلف الزوجان في وقوع الطلاق، كما لو ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، إلا أن يكون لها بينة بما ادعته فيقضى عليه لحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»[2].

ولا يقبل في الشهادة على الطلاق إلا عدلان ولا تقبل فيه شهادة النساء في مذهب أكثر الفقهاء، لأن شهادة النساء عندهم لا تقبل في الحدود والقصاص والنكاح والطلاق ونحو ذلك مما ليس بمال ولا المقصود منه المال.

وأجاز شهادتهن على الطلاق والنكاح مع الرجال الحنفية والزيدية[3] وإن اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله أيضاً إن لم يكن لها بينة لأنه مدعى عليه.

وإن طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر، أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمنع منه نفسها وتفتدي منه إن قدرت، لأنها تعلم أنها محرمة عليه وأنها أجنبية فوجب عليها الامتناع منه والفرار كسائر الأجنبيات، وإذا مات فلا ترثه.

وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذباً وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية[4].

---

(١) انظر: المحلى ٦١٣/١١.

(٢) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٢١٣/٨، وشرح النووي لصحيح مسلم ٣٠٠/٤.

(٣) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور الزحيلي ص ١٦٨.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٢٦٠/٧، وتكملة المجموع ٢٦١/١٦.

المبحث الرابع

في أقسام الطلاق

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: في أقسام الطلاق باعتبار صيغته:

يـراد بالصيغـة: الإيجاب والقبـول في العقود التي تجـري بين طرفين، فالإيجاب يكون من الباذل، والقبول يكون من الطالب.

وهذا هو المشهور في اصطلاح الفقهاء.

والطلاق في مقابل عوض يكون من العقود التي تنشأ بين طرفين فلا بد فيه من إيجاب وقبول، كعقود المعاوضات، كالنكاح، والبيع ونحو ذلك.

وأما إذا كان الطلاق بدون عوض فإنه يكون من العقود التي تنشأ من طرف واحد، فلا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر.

وصيغـة الطلاق، ـ سـواء كان بعـوض أم بغير عـوض ـ هي العبارة التي تدل على حل عقد النكاح، وتنقسم إلى قسمين: قولية، وفعلية.

القسم الأول: الصيغة القولية: وهي حل عقد النكاح بلفظ من ألفاظ الطلاق أو ما في معناه.

ومن هذا التعريف يتضح أن الطلاق لا يقع بالنية بدون لفظ، سواء عزم أم لم يعزم، وهذا مذهب عامة الفقهاء[1].

واستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن النبي صـلى الله عليه وآله وسلم قال: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به»[2].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٢١/٧، وتكملة المجموع ٩٨/١٦.

(٢) رواه البخاري وغيره، انظر. فتح الباري ٣٨٨/٩.

ونقل عن الزهري وابن سيرين: أن الطلاق يقع إذا عزم عليه ولو لم يتلفظ، لأن الله سبحانه وتعالى قد علم به فيقع.

وفي مذهب المالكية قول غير معتد به عندهم أنه يقع بالكلام النفساني إذا عزم عليه[1].

وحديث أبي هريرة يدل على أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ ولا يقع بالنية وهو أمر متفق عليه عند الفقهاء، وما نقل عن بعض التابعين وعن المالكية فهو شاذ لا يعتد به، وأما ما ورد من الأدلة من أن الإنسان يؤاخذ بالعزم على الفعل وإن لم يفعله، مثل حديث أبي بكر، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار»، قال: قلت يا رسول الله هذا القاتل، فما بال المقتول؟ قال: «كان حريصاً على قتل صاحبه»[2].

الظاهر: أن هذا في غير الطلاق، لأن العزم الذي يؤاخذ عليه الإنسان هو ما كان على معصية، والطلاق ليس بمعصية في الغالب، وعلى سبيل الفرض بأن الطلاق معصية فالعزم على فعله لا يؤاخذ به الإنسان ما دام أنه لا يعجز عن التلفظ به، لأن العزم على فعل المعصية الذي يؤاخذ عليه الإنسان عندما يوجد عجز عن فعلها عند وجود العزم عليها، والله تعالى أعلم.

وإذا اتضح لنا أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ، فاللفظ ينقسم إلى قسمين: صريح، وكناية.

القسم الأول: الطلاق الصريح:

هو اللفظ الذي لا يحتمل إلا الطلاق وليس له معنى آخر سواه حتى يصرف إليه.

وحكمه: أنه تقع به الفرقة بالطلاق ولو لم ينوه، وألفاظ الطلاق

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥.

(٢) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ١/٨٤.

الصريح هي لفظ الطلاق وما تصرف منه، مثل: طالق، أو طالقة، أو قد طلقتك، أو طلقت مني، أو عليك الطلاق، أو أنت مطلقة، فإذا أتى بلفظة من هذه الألفاظ وقع الطلاق من غير نية، لأنها لا تستعمل إلا للطلاق ولا تستعمل لغيره[1].

ـ وأما لفظة «الإطلاق»: فليست من الألفاظ الصريحة في الطلاق، لأنه لم يثبت لها عرف في الشرع وإنما هي كناية.

وهذا مذهب أكثر الفقهاء.

وقال بعض الفقهاء: إنها صريحة في الطلاق، ومذهب الجمهور هو الراجح، لأنها لا تستعمل في الطلاق في الشرع، والله تعالى أعلم.

وكذلك لفظ «مطلقة»، بسكون الطاء، فليست من الألفاظ الصريحة في الطلاق، لأنها لم توضع للطلاق في الشرع[2].

ـ وأما إذا قال: أنت الطلاق: فإن الطلاق يقع بها وإن لم ينوه، لأنها لفظ صريح فلم يفتقر إلى نية، كالمتصرف منه، وهذا مذهب الجمهور.

وقال بعضهم: إنه من ألفاظ الكناية، لأنه مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً[3].

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأنه لا يستعمل إلا في الطلاق، فإن قال: أنت طالق، ثم قال: أردت بقول: أنت طالق من وثاقي، أو قال أردت أن أقول: طلبتك فسبق لساني فقلت: طلقتك ونحو ذلك.

فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه الطلاق فيما بينه وبين ربه، ولكن لم تقبل دعواه في الحكم، لأن لفظه ظاهر في الطلاق[4].

---

(١) انظر: فتح القدير ٤/٧، والتاج المذهب ٢/١٢٠.
(٢) انظر: فتح القدير ٤/٧، وحاشية الدسوقي ٢/٣٧٨.
(٣) انظر: المصادر السابقة ومغني ابن قدامة ٧/١٢٤.
(٤) انظر: فتح القدير ٤/٦، ومغني ابن قدامة ٧/١٢٢.

أما إذا صرح باللفظ فقال: طلقتك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فيكون ذلك كناية فلا يقع الطلاق إلا إذا نوى، لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه، كالاستثناء والشرط.

ـ وإذا قال: أنت مطلقة ونوى أنها مطلقة من زوج كان قبله لا يقع عليه إذا لم ينو وقوع الطلاق، فيكون كناية لا صريحاً[1].

وقال بعض الفقهاء: أنه يقع وإن لم ينو، لأن هذا اللفظ صريح في الطلاق، ورجح ابن قدامة ذلك فقال: لأن هذه اللفظة متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه، كقوله: يا طالق[2].

واختلف الفقهاء أيضاً في لفظ: الفراق والسراح وما تصرف منهما.

فيرى الشافعية والظاهرية، وهو قول في مذهب الحنابلة: أن هذين اللفظين صريحان في الطلاق، لأنهما ثبتا في عرف الشرع، فإذا قال لامرأته: سرحتك أو أنت مسرحة، أو فارقتك أو أنت مفارقة، أو أوقع الفرقة بالطلاق من غير نية، كما لو قال: أنت طالق أو مطلقة، فإذا قال: أردت غير ذلك فسبق لساني إليها لم يقبل منه لأنه يدعي خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه يحتمل ما يدعيه[3].

ودليلهم على أن هذين اللفظين صريحان في الطلاق بأنهما وردا في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[4].

وقال تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾[5].

وقال تعالى: ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾[6].

---

(١) وهذا مذهب الحنفية، انظر: فتح القدير ٤/٧.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ١٣٢/٧، إلا إذا سماها طالقاً ثم ناداها به فلا تطلق، ولو قال: طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقاً في القضاء، انظر: فتح القدير ٤/٧.

(٣) انظر: المهذب ٨٢/٢، ومغني ابن قدامة ١٢١/٧، والمحلى ٤٩٣/١١.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٥) سورة الطلاق: آية ٢.

(٦) سورة الأحزاب: آية ٢٨.

ويرى الحنفية والهادوية وهو الأصح في مذهب الحنابلة: أنها من ألفاظ الكناية فلا يقع الطلاق بها إلا بالنية[1].

إلا المالكية فإن الطلاق يقع بهما عندهم بدون نية، لأنهما من الكنايات الظاهرة، وكذلك كل لفظ جرت العادة أن يطلق به في الشرع أو في اللغة، مثل: أنت بائن أو بتة أو بتلة ونحو ذلك فحكم هذا حكم الصريح[2].

ودليل من قال بأنهما كناية ولا يقع الطلاق بها إلا بالنية: بأنهما يستعملان في غير الطلاق كثيراً، كما في قوله تعالى: ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾[3].

وقال تعالى: ﴿واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا﴾[4].

وقالوا رداً على أدلة أصحاب القول الأول: فإن قوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾، بأنه ليس المراد به الطلاق، لأن الآية في الرجعة، وهي إذا قاربت انتهاء عدتها، فإما أن يمسكها برجعة وإما أن يتركها حتى تنقضي عدتها، والمراد بالتسريح في الآية الإرسال وهو المعنى اللغوي[5].

ويبدو أن هذا القول هو الراجح، لأن اللفظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره، وإذا كان كذلك فليس بصريح، والله تعالى أعلم[6].

---

(١) انظر: فتح القدير ٤/٤، والتاج المذهب ١٢٠/٢، وكشاف القناع ٢٧٧/٥.
(٢) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٣.
(٣) سورة البينة: آية ٤.
(٤) سورة آل عمران: آية ١٠٣.
(٥) انظر: كشاف القناع ٢٧٧/٥.
(٦) فلو قال: طلّقي، بالأمر، أو أطلقك، بالمضارع، أو مطلقة، بكسر اللام اسم فاعل فلا تطلق، لأن اللفظ لا يدل على الإيقاع، ويقع صريح الطلاق ولو كان هازلاً أو لاعباً، ونقل الإجماع على ذلك، انظر: كشاف القناع ٢٧٧/٥، وقد ذكرت سابقاً: أنه إذا تلفظ بصريح الطلاق ثم ادعى أنه سبق لسانه إليه لم يقبل قوله في الحكم، قال ابن حزم: فإن ادعى أنه لم ينو الطلاق صدق في الفتوى ولم يصدق في القضاء، انظر: مراجع الفقهاء السابقة.

القسم الثاني: طلاق الكناية:

وهو أن يكون بلفظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره.

وتنقسم في مذهب الحنابلة والمالكية إلى قسمين: ظاهرة وخفية.

القسم الأول: الكناية الظاهرة: وهي الألفاظ الموضوعة للطلاق البائن.

ومثال هذه الكناية: أنت خلية، وبريئة، وبائن، وبتة وبتلة[١].

فهذه الألفاظ ونحوها كالصريح في مذهب المالكية فيقع بها الطلاق بدون نية، لأنه اشتهر استعمالها في الطلاق.

والمعتمد في مذهبهم: أنها تلزم الثلاث ولو لم ينو، لأن المراد من اللفظ قطع العصمة، ولا تنقطع العصمة بالواحدة أو الثنتين وإنما تنقطع بالثلاث[٢].

وفي قول لهم: إنها تبين بطلقة واحدة، وإن قالها بخلع تصح بطلقة بائنة.

ـ ولا يقع بالكناية الظاهرة طلاق في مذهب الحنابلة إلا أن ينويه بنية مقارنة للفظ، أو يأتي مع الكناية بما يقوم مقام نية الطلاق، كحال خصومة أو غضب أو جواب سؤالها الطلاق، فيقع الطلاق ولو بلا نية، لأن دلالة الحال كالنية.

فإن ادعى أنه لم يرد الطلاق أو أنه أراد غيره صدق فيما بينه وبين الله لأن صدقه محتمل، ولم يقبل قوله في الحكم، لأنه خلاف ما دلت عليه الحال.

ويقع الطلاق الثلاث وإن نوى واحدة، فهو كمذهب المالكية من حيث الوقوع، ونقل ذلك عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم أجمعين، والظاهر أنه لا فرق عندهم بين المدخول بها وغير المدخول بها[٣].

---

(١) خلية في الأصل: الناقة تطلق من عقالها ويخلى عنها، ويقال للمرأة خلية كناية عن الطلاق، وبريئة: بالهمز وتركه، وبائن: أي منفصلة، وبتلة: منقطعة، وبتة: مقطوعة.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٢٧٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٤.

(٣) انظر: كشاف القناع ٥/٢٨٤، ومغني ابن قدامة ٧/١٣٠.

وفي قول في مذهب الحنابلة: أنه لا يقع بالكناية الظاهرة إلا ما نواه، وهذا مذهب الشافعية[1].

القسم الثاني: الكناية الخفية: وهي ما كانت دلالتها على الطلاق أخفى من دلالة الظاهرة، مثل: الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك، وأنت علي حرج، وأنت علي حرام، واذهبي فتزوجي من شئت، وأنت حرة، ونحو ذلك.

فبعض فقهاء الحنابلة جعل هذه الألفاظ من الكنايات الظاهرة وجعل حكمها من حيث الوقوع والعدد كحكمها.

وبعضهم جعلها من الكنايات الخفية، مثل: استبرئي رحمك، وحللت للأزواج، وتقنعي، ولا سلطان لي عليك، ونحو ذلك[2].

ففي هذه الكنايات: يقع ما نواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، بناء على مذهبهم إن الطلاق الثلاث يقع بلفظ واحد، والدليل على ذلك حديث عائشة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما دنا من ابنة الجون قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: «لقد عذت بعظيم، الحقي بأهلك»[3].

فإنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن ليطلق ثلاثاً، فلا يقع الطلاق الثلاث بالكناية، إلا إذا نوى، فإن لم ينو بها شيئاً لم يقع شيء، إلا أن

---

(1) انظر: المصدرين السابقين والمهذب ٢/٨٥، واستدلوا بحديث ركانة أنه طلق زوجته البتة فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبره بذلك، فقال له: «ما أردت؟» فقال: واحدة، فاستحلفه، ثم قال له: «هو على ما نويت»، رواه أبو داود والترمذي والدارمي وابن ماجة والدارقطني وابن حبان وغيرهم قال الألباني: وهو ضعيف، انظر: إرواء الغليل ٧/١٣٩.

(2) اختلف الفقهاء في ألفاظ الكناية من حيث الظهور والخفاء، فمن رأى أن احتمال اللفظ للفرقة أرجح جعله من الظاهرة ومن رأى أنه مرجوح جعله من الخفية.

(3) رواه البخاري والنسائي وابن ماجه وغيرهم، انظر: إرواء الغليل ٧/١٤٦.

ومن قال: امرأتي طالق، وله أكثر من واحدة، فإن لم يعين واحدة، قيل يطلقن كلهن، والأصح عند أكثر الفقهاء أن الطلاق يقع على واحدة وتعين بالقرعة، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٥٣.

المالكية قالوا: إذا نوى الطلاق ولم ينو عدداً وقعت الثلاث، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره[1].

- ولم يفصل الحنابلة بين الكنايات الظاهرة والكنايات الخفية من حيث وقوع الطلاق بدلالة الحال، فدلالة الحال تقوم مقام النية سواء كانت الكناية ظاهرة أم خفية.

- ومذهب الحنفية مثل مذهب الحنابلة من حيث وقوع الطلاق إذا وجدت قرينة حال، ولو لم توجد نية، ويقبل قوله في عدم إرادة الطلاق عند قيام قرينة حال فيما بينه وبين الله، ولا يقبل قوله في الحكم.

- وأما الشافعية فيعتبرون النية في وقوع الطلاق بالكناية فلا يقع الطلاق بدلالة الحال إلا إذا وجدت النية.

- ويقع الطلاق الثلاث بالكناية الظاهرة في مذهب المالكية والحنابلة وإن لم ينوه، ولا يقع بالكناية الخفية إلا ما نواه، فإن نوى واحدة أو اثنتين فهو رجعي، وإن نوى ثلاثاً فتبين بينونة كبرى.

- ولا يقع في مذهب الشافعية إلا ما نواه، سواء كانت الكناية ظاهرة أم خفية، وهو قول في مذهب الحنابلة.

- وأما الحنفية فيقع الطلاق عندهم رجعياً في ثلاثة ألفاظ من ألفاظ الكنايات، وهي: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، فيقع بها واحدة رجعية[2].

- وأما بقية الكنايات فإذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة، وإن نوى بها ثلاثاً كانت ثلاثاً، وإن نوى اثنتين كانت واحدة، ولا فرق عندهم بين الكنايات الظاهرة والخفية[3].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٨١.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/٦١ و٦٢ و٦٣.

(٣) ومن أمثلة الكناية عندهم: أنت بائن، وبتة، وبتلة، وحرام، وحبلك على غاربك،

ووقوع الطلاق بالكناية سواء كانت ظاهرة أم خفية هو مذهب عامة الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، فقالوا: إن الطلاق لا يقع إلا بالألفاظ الصريحة، وهي الطلاق والسراح والفراق وما تصرف منها ولا يقع بالكناية ولو وجدت معها نية الطلاق.

قال ابن حزم: وأما قول النبي ﷺ لابنة الجون: «الحقي بأهلك» فليس ذلك بطلاق، لأنه لم يكن قد تزوجها، وإنما دخل عليها ليخطبها، ولو صح أنه كان قد تزوجها فلا يدل ذلك على أنه طلقها بقوله: «الحقي بأهلك»، لأن النكاح الصحيح لا يحل إلا بيقين[1].

ومذهب جمهور الفقهاء هو الراجح، لأن ألفاظ الكناية تدل على الفراق لغة، وحيث أن الدلالة لم تكن صريحة لاحتمال اللفظ معنى آخر تعين وقوع الفرقة به إذا قصدها المتلفظ، فإن لم توجد نية على قصد الفرقة حمل اللفظ على المعنى الآخر، سواء كانت الكناية ظاهرة أم خفية، ويقع بها طلقة واحدة رجعية، ولو نوى بها الثلاث، بناء على القول: بأن الطلاق الثلاث الصريح بلفظ واحد يقع واحدة رجعية، والله تعالى أعلم.

حكم قول من قال لزوجته: أنت علي حرام:

اختلف الفقهاء في ذلك على عدة آراء، منها ما يأتي:

١ ـ أن اللفظ يكون كناية في الطلاق أو في الظهار، أو في اليمين، يعني: على حسب النية، إن نوى به الطلاق كان طلاقاً، وإن نوى الظهار كان ظهاراً، وإن نوى اليمين كان يميناً، وتجب فيه كفارة يمين، لأنه يعتبر كناية فيه، فإذا لم ينو شيئاً لا يجب عليه شيء، وهذا مذهب الشافعية.

والحقي بأهلك، وخلية، وبرية، ووهبتك لأهلك، وسرحتك، وفارقتك، وأمرك بيدك، واختاري، وأنت حرة، وتقنعي، وتخمري، واستتري، واغربي واخرجي، واذهبي، وقومي، وابتغي الأزواج، انظر: فتح القدير ٤/٦٤.

(١) انظر: المحلى ١١/٤٩٦.

٢ ـ وفي قول لهم: إن الأصل فيه أنه يمين فإذا أطلق فلم ينو شيئاً فهو يمين ويكون صريحاً في إيجاب الكفارة[١].

وحجتهم في ذلك: أن هذا اللفظ لم يوضع لإيقاع الطلاق خاصة بل هو محتمل للطلاق والظهار والإيلاء، وهو الحلف فإذا صرف إلى بعضها بالنية فينصرف إلى ما أراده.

٣ ـ أنه طلاق، وهو ثلاث في المدخول بها، لأن المدخول بها لا يحرمها إلا الثلاث، وإن كانت غير مدخول بها فهي واحدة بائنة، لأنها تحرمها، وهذا هو المعتمد في مذهب المالكية، لأنه من الكنايات الظاهرة فيقع بها الثلاث في مذهبهم وإن لم ينو، فحكمها حكم الصريح من حيث عدم الاحتياج إلى نية، لكن يقع بها الثلاث.

٤ ـ وفي قول لهم: إنه طلقة واحدة بائنة سواء في المدخول بها وغير المدخول بها، وهو أيضاً مشهور في مذهبهم، لأن التحريم يفيد مطلق انقطاع الملك وهو يصدق على المتيقن وهو واحدة[٢].

٥ ـ إنه صريح في الظهار عند الإطلاق، إلا أن ينوي طلاقاً فيكون طلاقاً، يعني أنه صريح في الظهار وكناية في الطلاق، وهذا قول في مذهب الحنابلة، وهو المشهور في مذهبهم.

واحتجوا: بأن تحريم الزوجة بغير طلاق يوجب كفارة ظهار، كما لو قال: كظهر أمي.

٦ ـ وفي قول لهم: إنه ظهار سواء نوى الطلاق أم لم ينوه، لأنه صريح فيه[٣].

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١١٣/١٦، وفتح الباري ٣٧٠/٩.
(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢٥٤/٢، وبداية المجتهد ٧٧/٢.
(٣) انظر: الإنصاف ٤٨/٨، ومغني ابن قدامة ١٥٤/٧، وفي قول لهم: إنه كناية ظاهرة تقع ثلاث طلقات، وفي قول لهم: إنه يمين عند الإطلاق ينصرف إلى اليمين وفي قول لهم أيضاً: أنه كناية خفية، انظر: الإنصاف ٤٨٧/٨.

٧ ــ إنه طلاق صريح بائن يقع به طلقة واحدة بائنة وإن لم ينوه وهذا قول في مذهب الحنفية، وأفتى به المتأخرون منهم، وهو قول في مذهب الشافعية[١].

واحتجوا: بأنه غلب في العرف استعماله في الطلاق، بحيث لا يستعمل عرفاً إلا فيه من أي لغة كانت فوجب اعتباره صريحاً في الطلاق.

٨ ــ وفي قول لهم: إنه كناية، لأنه يحتمل الخلوص من ملك النكاح، ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك، وهذا قول المتقدمين من فقهائهم، ذكر ذلك الكاساني في البدائع وغيره من المتقدمين ولم يذكروا بأنه صريح[٢].

وإذا نوى به الطلاق فهو طلقة واحدة بائنة، كسائر الكنايات.

٩ ــ ومن الفقهاء من يقول: بأن ذلك لغو لا شيء فيه، ونقل ذلك عن مسروق والشعبي وربيعة وبعض فقهاء المالكية[٣].

واحتجوا: بأن الله سبحانه وتعالى لم يجعل للعبد تحريماً ولا تحليلاً، وإنما جعل له تعاطي الأسباب التي تحل بها العين وتحرم، كالطلاق، والنكاح والبيع، ونحو ذلك، أما مجرد قوله: حرمت كذا، أو هو علي حرام فليس إليه، وقد قال تعالى: ﴿ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب﴾[٤].

١٠ ــ وقال بعض الفقهاء: إنه يقع طلقة رجعية، فحمله على أقل وجوهه، وأقل ما تحرم به المرأة طلقة، لأن الطلقة تحرم الوطء ما لم يرتجعها[٥].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٢، ومغني المحتاج ٣/٢٨١.
(٢) انظر: فتح القدير ٤/٦٤، وبدائع الصنائع ٤/١٨٠٣.
(٣) انظر: فتح الباري ٩/٣٧٢، وحاشية الدسوقي ٢/٣٨٢.
(٤) سورة النحل: آية ١١٦.
(٥) وهذا قول في مذهب المالكية، انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٨٢.

وقد رجح الإمام ابن تيمية وابن القيم الجوزية القول: بأنه يمين في الأصل يكفرها بكفارة يمين(١).

واحتجا بمفهوم قوله تعالى: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم ـ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم وهو العليم الحكيم﴾(٢).

ـ وأما إذا نوى بقوله: هي علي حرام تحريم عينها فلم تحرم عليه، قال الشيرازي في المهذب: وإن نوى تحريم عينها لم تحرم(٣).

وهذا ما تدل عليه الآيات القرآنية الواردة في أول سورة التحريم.

وجاء ذلك مفسراً عن ابن عباس أنه قال: إذا حرم الرجل امرأته فهي يمين يكفرها، وتلا قوله تعالى: ﴿لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة﴾(٤).

وفي رواية: أنه قال: إذا حرم الرجل امرأته فليس بشيء، وقال: ﴿لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة﴾(٥).

يعني أنه لا تحرم المرأة ولا يقع طلاقاً، وإنما عليه كفارة، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما شرب العسل في بيت بعض نسائه فاحتال عليه بعضهن فقلن إنهن يجدن منه ريح المغافير، فحرمه على نفسه فأنزل الله الآيات من أول سورة التحريم(٦).

ـ وإذا قال: الحرام يلزمني، أو علي الحرام، ولم يضف التحريم إلى المرأة، فقد قال كثير من فقهاء الحنفية والشافعية: أنه صريح في الطلاق فيقع

---

(١) انظر: زاد المعاد ٧٨٩٤، ومجموع فتاوى ابن تيمية ١٦٧/٣٣.
(٢) سورة التحريم: الآيتان ١ و٢.
(٣) انظر: المهذب ٨٤/٢.
(٤) رواه مسلم في صحيحه، انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ٦٧١/٣.
(٥) رواه البخاري، انظر: فتح الباري ٣٧٤/٩.
(٦) هذا ملخص حديث طويل رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: المرجعين السابقين.

به الطلاق ولو لم ينو، هذا إذا كان استعماله مشهوراً في الطلاق[1].

وفي قول لهم: إنه كناية مطلقاً، يعني: وإن اشتهر، لأنه لم يرد في الشرع استعماله في الطلاق[2].

القسم الثاني: الصيغة الفعلية:

وهو الطلاق بالكتابة والإشارة.

أ ــ أما الطلاق بالكتابة فللفقهاء فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه كناية، فإن كتب الطلاق ونواه وقع، وإن لم ينوه لم يقع وهذا مذهب جمهور الفقهاء[3].

لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فتقوم مقام النطق، ولأن الكتابة يثبت بها الدين وسائر الحقوق، إلا أنه يحتمل عدم إرادة الطلاق بها فتكون كناية.

ثانيها: لا يقع بها الطلاق مطلقاً، سواء نوى أم لم ينو، لأنها فعل من قادر على النطق فلا يقع بها طلاق، كالإشارة، وهو قول في مذهب الشافعية[4].

ثالثها: إن الطلاق يقع بالكتابة مطلقاً، وإن لم ينو، لأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب في إثبات الديون وإثبات سائر الحقوق، ونقل ذلك عن النخعي والشعبي والزهري وغيرهم من فقهاء التابعين[5].

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٢٨١، وحاشية ابن عابدين ٣/٢٥٣.

(٢) وفي مذهب المالكية: تلزمه الثلاث في المدخول بها وإن لم ينو، وتلزمه في غيرها وينوي في العدد، انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٨٢، وكذلك فيما لو قال لها: أنت علي كالميتة والدم فهو كناية، فإن نوى طلاقاً فهو طلاق وإن نوى ظهاراً فهو ظهار، وإن نوى يميناً فهو يمين، انظر: تكملة المجموع ١٦/١١٢، والإنصاف ٨/٤٩٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨١٢، ومغني ابن قدامة ٧/٢٣٩، وحاشية الدسوقي ٢/٣٨٤، وتكملة المجموع ١٦/١١٨.

(٤) انظر: تكملة المجموع ١٦/١١٨، ومغني المحتاج ٣/٢٨٤.

(٥) ونقل ذلك عن أحمد وبعض فقهاء الشافعية، انظر: المراجع السابقة.

والظاهر: أن قول الجمهور هو الراجح، لأن الكتابة محتملة، فإنه يقصد بها تجربة القلم أو تجويد الخط ونحو ذلك، فمن ادعى أنه أراد ذلك قبل قوله ديانة وحكماً، والله تعالى أعلم.

وإن كتب لامرأته كتاباً وفيه: أما بعد فأنت طالق، طلقت في الحال، سواء وصل إليها الكتاب، أم لم يصل، وعدتها من حين كتبه.

وإن كتب إليها: إذا وصلك كتابي فأنت طالق، فإن وصل إليها الكتاب طلقت عند وصوله، وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق، لأنه علق طلاقها على وصوله[1].

ويشترط لوقوع الطلاق بالكتابة: أن تكون مستبينة وواضحة، فإن كتب على وسادة أو على الهواء لم يقع طلاق.

واشترط بعض الفقهاء لوقوع الطلاق بالكتابة: أن يشهد عليه شاهدان، لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين، ككتاب القاضي.

وهذا مذهب الشافعية وقول للحنابلة، إلا أن الشافعية قيدوا ذلك بحدوث الإنكار من الكاتب[2].

وقال بعض الفقهاء: إن هذا ليس شرطاً، ورجح ذلك ابن قدامة.

وعلل لذلك: بأن كتاب القاضي لا يشترط فيه الشهادة، فهذا من باب أولى.

ب ـ وأما الطلاق بالإشارة فيقع ممن لا يقدر على الكلام، كالأخرس، لأنه لا طريق إلى الطلاق إلا بالإشارة فتقوم إشارته مقام الكلام، وهذا لا

---

(١) وفي حاشية الدسوقي ٢/٣٨٤، قال فيها: ويلزم الطلاق بمجرد إرساله مع رسول أن يخبرها بطلاقها ولو لم يصل إليها.

(٢) وفي مذهب الشافعية: لو أقامت بينة على أن الكتاب خطه لم تسمع إلا برؤية الشاهدين بكتابه وحفظه عنده لوقت الشهادة، انظر: مغني المحتاج ٣/ ٢٨٥، ومغني ابن قدامة ٧/٢٤١.

خلاف فيه عند الفقهاء، وأما إذا كان يقدر على الكلام فلا يصح الطلاق منه بالإشارة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، لأن الإشارة لا تقوم مقام النطق إلا لضرورة ولا ضرورة في ذلك.

ويرى المالكية: أن الطلاق يلزم بالإشارة المفهمة، ويكون طلاقاً صريحاً، فلا تحتاج إلى نية، والمراد بالمفهمة، هي ما دلت قرينة على أن المراد بها الطلاق[1]. والظاهر: أن قول الجمهور هو الراجح، لأن الإشارة لا تقوم مقام النطق إلا لضرورة، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق باعتبار وقته:

ويكون باعتبار وقته: منجزاً، ومضافاً، ومعلقاً.

١ ـ الطلاق المنجز:

والمراد به ما يقع في الحال، وهو ما ليس معلقاً على فعل أمر أو تركه في المستقبل، ولا مضافاً إلى زمن.

كقول الإنسان لزوجته: أنت طالق، أو طلقتك، أو مطلقة.

وحكم الطلاق المنجز: يقع في الحال، وتترتب عليه آثاره بمجرد صدوره متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، والمرأة محلاً لوقوعه.

٢ ـ الطلاق المضاف إلى زمن:

وهو ما أضيف حصوله إلى زمن في المستقبل كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق أول الشهر الفلاني، أو أول السنة الفلانية، أو اليوم الفلاني.

وحكمه: وقوع الطلاق عند مجيء أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه، إن كانت المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت، وكان الرجل أهلاً لإيقاع الطلاق، لأنه جعل الشهر أو السنة أو اليوم ظرفاً

---

(١) انظر: المراجع السابقة، وحاشية الدسوقي ٢/٣٨٤، وفي قول في مذهب الشافعية: أن الإشارة المفهمة كناية يقع بها الطلاق إذا نواه، انظر: مغني المحتاج ٣/٢٨٤.

للطلاق فيقع في أول جزء منه[1]. وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

ويرى المالكية: أن الطلاق ينجز عليه في الحال، لأنه أضافه إلى زمن يأتي لا محالة، وكذلك لو علقه على صفة تأتي لا محالة، مثل أن يقول: أنت طالق إذا طلعت الشمس، فينجز في الحال لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان فيشبه نكاح المتعة[2].

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، ويدل على ذلك قول ابن عباس فيمن قال لامرأته: أنت طالق رأس السنة: إنه يطؤها ما بينه وبين رأس السنة.

ونقل عن عطاء: من قال لامرأته: أنت طالق إذا ولدت فله أن يصيبها ما لم تلد، ولا تطلق عليه حتى يأتي الأجل، ونقل نحو ذلك عن إبراهيم النخعي وغيره[3].

ـ وإذا قال لزوجته: أنت طالق إلى شهر كذا أو إلى سنة كذا فلا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت، وهو مذهب جمهور الفقهاء، وهذه المسألة كالمسألة السابقة، وقال بعض الفقهاء: إنه يقع الطلاق في الحال، لأن قوله: أنت طالق إيقاع في الحال، وقوله: إلى شهر كذا تأقيت له وغاية، وهو لا يقبل التأقيت[4].

ـ وإذا أضاف الطلاق إلى الزمن الماضي كما لو قال: أنت طالق في

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/١٦٤، وتكملة المجموع ١٦/٢٠٠، وفتح القدير ٤/٢٦، ونقل عن أبي ثور أنه قال: لا تطلق إلا في آخر جزء منه.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٩٤، وجواهر الإكليل ١/٣٥٠.

(٣) وهناك قول ثالث وهو قول ابن حزم الظاهري: أن الطلاق لا يقع إذا أضيف إلى زمان ولا إذا علق بزمن أو غيره، وإنما يعتبر ذلك لغواً، لأنه لم يرد ذلك في كتاب ولا في سنة، انظر: المحلى ١١/٥٤٤ و٥٤٥.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/١٦٦، والمهذب ٢/٩٤، ونقل ابن قدامة القول الثاني عن أبي حنيفة.

الشهر الماضي أو أمس فإنها تطلق في الحال، وهو قول أكثر الفقهاء[1].

وقال بعضهم: لا تطلق، لأن الطلاق رفع الاستباحة، ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي ورجح بعضهم القول الأول، وقال: إنه لغو، كما لو علق الطلاق بمستحيل، وهو مذهب الهادوية[2] ولا يقع في مذهبهم إلا إذا أجرى مجرى الإقرار، مثل: أنت طالق أمس فيقع، لأنه إقرار.

ـ ومن قال لزوجته: هي طالق اليوم، وطالق غداً، وطالق بعد غد، فتطلق كل يوم طلقة ولو لم يراجعها، ما دام أن العدة لم تنته، وهو مذهب جمهور الفقهاء، لأن الطلاق يلحقها ولو لم تتخلله رجعة[3].

٣ ـ الطلاق المعلق:

والتعليق لغة: مصدر، علقه، جعله معلقاً.

وفي اصطلاح الفقهاء: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى.

والمراد بالجملة الأولى: جملة الجزاء، وبالثانية: جملة الشرط، والمراد بالمضمون: ما تضمنته الجملة من المعنى، مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه ربط حصول طلاقها بحصول دخول الدار.

ويسميه الفقهاء يميناً مجازاً[4].

والطلاق المعلق: هو ما يتوقف وجوده على فعل أمر ممكن أو تركه في المستقبل.

وينقسم التعليق إلى قسمين، تعليق في الملك، وتعليق على الملك.

القسم الأول: التعليق على الملك: وهو أن يقول لأجنبية: إن تزوجتك

---

(١) وهو مذهب المالكية والحنفية وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة، انظر: المراجع السابقة، وفتح القدير ٤/٣٠.

(٢) انظر: التاج المذهب ٢/١٤٥،

(٣) تقدم تفصيل ذلك في شروط إيقاع الطلاق وبينا هناك أقوال الفقهاء والراجح منها.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٣٤٠.

فأنت طالق، أو إن تزوجت من القبيلة الفلانية فهي طالق، أو قال لأجنبية: إذا دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق، فلا يتعلق بذلك حكم، فإذا تزوجها لم يقع عليها الطلاق، سواء عين امرأة بعينها أم لم يعين، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، ونقل ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين[1]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾[2].

فإنها تدل على أن الطلاق لا يقع إلا إذا تقدمه نكاح.

واستدلوا بحديث جابر: أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق إلا بعد النكاح ولا عتاق إلا بعد الملك»[3] فإنه يدل على أن الطلاق لا يقع إلا بعد النكاح.

وبحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق فيما لا يملك»[4].

ـ ويرى الحنفية: أن التعليق يصح مطلقاً، ويقع الطلاق عند حصول الأمر المعلق عليه وهو الزواج، ونقل ذلك عن بعض فقهاء الصحابة والتابعين واحتجوا بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[5].

فإنها تدل على أنه يجب الوفاء بكل عقد، والتعليق عقد التزمه الإنسان بقوله وربطه بنيته وعلقه بشرط فمتى وجد الشرط نفذ العقد.

---

(١) انظر: تكملة المجموع ٦١/١٦، والمحلى ٥٢٩/١١.
(٢) سورة الأحزاب: آية ٤٩.
(٣) رواه الطبراني في الأوسط، وهذا لفظه والبزار بنحوه ورجال البزار رجال الصحيح، انظر: مجمع الزوائد ٣٣٤/٤، وبنحوه عن معاذ بن جبل وعن ابن عمر رضي الله عنهما، انظر: نفس المرجع.
(٤) رواه الإمام أحمد والنسائي، وقال النووي: روي من طرق كثيرة بأسانيد حسنة وبمجموعها يرتفع عن كونه حسناً ويقتضي أنه صحيح، انظر: مسند الإمام أحمد ١٨٩/٢، وسنن النسائي ٢٨٩/٧، والمجموع ٢٨٦/٩.
(٥) سورة المائدة: آية ١.

واحتجوا أيضاً بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»[1].

وقالوا: إنه ليس تطليقاً للحال وإنما هو تطليق عند الشرط، فإذا وجد الشرط وقع الطلاق[2].

ويرى المالكية: أن الطلاق المعلق بالتزويج يلزم إن خص بعض النساء دون بعض، كقوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق، أو إن تزوجت من القبيلة الفلانية أو من البلد الفلاني، فإن عمم، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا يلزمه الطلاق[3].

واستدلوا بما رواه مالك في الموطأ: أنه بلغه أن عبدالله بن مسعود كان يقول فيمن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق إنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه، قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت[4].

وفرقوا بين التعميم والتخصيص: بأن التعميم يكون النكاح فيه متعذراً فيلحقه العنت والحرج فلا يقع عليه الطلاق استحساناً ودفعاً للمفسدة، بخلاف التخصيص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه بالطلاق.

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لما ذكرنا لهم من الأدلة الدالة صراحة على أن الطلاق لا يقع ولا يلزم إذا صدر ممن لا يملك، والله تعالى أعلم.

القسم الثاني: التعليق في الملك: وهو تعليق طلاق الزوجة، أو من هي في حكم الزوجة.

---

(١) رواه أبو داود، وقال النووي: إسناده صحيح، انظر: عون المعبود ٩/٥١٦، والمجموع ٩/٤٢٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٦٤، وفتح الباري ٩/٣٨٧.

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٦ و ٢٥٧.

(٤) انظر: موطأ مالك مع شرح الزرقاني ٤/١٣٥، والمنتقى للباجي ٤/١١٥، ونيل الأوطار ٦/٢٧١.

ـ أما تعليق طلاق الزوجة على شرط فيقع إن وقع الشرط.

١ ـ فإن علق على أمر يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن كلمت فلاناً أو فلانة أو إن قدم فلان من سفره فأنت طالق، فإن وقع الشرط وقع الطلاق، وإن لم يقع الشرط لم يقع الطلاق، ونقل اتفاق الفقهاء على وقوع الطلاق في هذه الحالة[1].

واستدل الفقهاء على وقوع الطلاق عند وقوع الشرط بحديث أبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «المسلمون على شروطهم»[2].

ويسميه الفقهاء يميناً، لأن في الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله: والله وبالله وتالله!.

وسمي تعليق الطلاق على شرط حلفاً تجوزاً لمشاركته الحلف في المعنى المشهور، وهو الحث على فعل الشيء أو المنع منه، أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن، أو لا أفعلن أو لقد فعلت، ونحو قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن لم تدخلي فأنت طالق، أو أنت طالق لقد قدم فلان[3].

٢ ـ وإن علق الطلاق على شرط يقع لا محالة، كمجيء الليل والنهار أو طلوع القمر أو غروبه فلا يقع الطلاق حتى يوجد ذلك، فلو قال: إن طلعت الشمس فأنت طالق، فلا تطلق حتى تطلع الشمس، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

لأنه علقه على شرط غير مستحيل فلم يقع الطلاق قبل وقوعه، ويرى المالكية أن الطلاق ينجز عليه في الحال قبل وجود الشرط، لأن بقاء النكاح في

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٧٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص٢٥٦.
(٢) رواه أبو داود، وقال النووي: إسناده صحيح، انظر: عون المعبود ٩/٥١٦، والمجموع ٩/٤٢٠.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/١٧٨، وحاشية ابن عابدين ٣/٣٤٠.

هذه الحالة يكون شبيهاً بنكاح المتعة، ونقل ذلك عن الزهري وسعيد بن المسيب، والحسن البصري(١).

وينجز عليه في الحال في مذهب المالكية إن علقه على أمر يغلب وقوعه كقوله: إن حضت فأنت طالق، أو بما لا صبر عنه، كقوله: إن قمت أو قعدت، أو أكلت، أو شربت فأنت طالق، أو علقه على أمر محتمل واجب شرعاً، كقوله: إن صليت فأنت طالق، أو بما لا يعلم حالاً، كقوله: إن كان في بطنك غلام أو لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق، أو علقه بمستقبل لا يدري أيوجد أم يعدم، كقوله: إن لم تمطر السماء غداً فأنت طالق، فينجز عليه في الحال ولا ينتظر وجوده، إلا إذا عمم الزمن، مثل أن يقول: إن لم تمطر السماء فأنت طالق، فلا يقع عليه الطلاق، لأن المطر يقع بدون شك فلا يقع الطلاق لعدم حصول المعلق عليه(٢).

٣ ـ فإن علق الطلاق على مستحيل، كما لو قال: أنت طالق إن شربت ماء دجلة، أو حملت جبلاً على رأسك، أو قتلت الميت، أو جمعت بين الضدين، أو إن طرت، وإن صعدت إلى السماء، أو قلبت الحجر ذهباً لا يقع عليها الطلاق وهذا قول أكثر الفقهاء(٣).

لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد، ولأن ما يقصد تبعيده يعلق على المحال وقال بعضهم: يقع الطلاق في الحال، وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة، لأنه علق الطلاق على صفة مستحيلة في العادة فألغيت الصفة ويبقى الطلاق مجرداً.

والظاهر: أن القول الأول أرجح، لأن تعليقه بالمستحيل يفهم منه نفيه الطلاق واستبعاد وقوعه، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٦/١٥٣، وبداية المجتهد ٢/٧٩، وحاشية الدسوقي ٢/٣٩٠، وجواهر الإكليل ١/٣٥٠.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٩٠ و٣٩١ و٣٩٢ و٣٩٣.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢١٧، وتكملة المجموع ١٦/٢١٣، وحاشية الدسوقي ٢/٣٩٤.

٤ ـ وإن علق الطلاق بمشيئة الله تعالى، كما لو قال: أنت طالق إن شاء الله، أو إذا شاء الله أو متى شاء الله، فقد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق المعلق بمشيئة الله على قولين.

أحدهما: أنه يقع، وهذا مذهب المالكية والحنابلة، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين، منهم سعيد بن المسيب والزهري والحسن البصري.

وقالوا: إن ذلك روي عن ابن عباس وابن عمر وأبي سعيد ولم ينقل عن الصحابة خلاف لذلك، فيعتبر كالإجماع[١].

ثانيهما: أنه لا يقع، وهو مذهب الشافعية والحنفية، وهو رواية عن الإمام أحمد، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين[٢].

واستدلوا بحديث ابن عمر: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله كان له ثنياً»[٣].

ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله ومشيئة الله لا تعلم فلم يلزم بالشك شيء.

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأن تعليق الفعل بمشيئة الله لا يقصد نفيه في الغالب، وأما الحديث فلا دلالة فيه، لأن الطلاق ليس بيمين حقيقة وإن سمي بذلك لكنه مجاز، فلا تترك الحقيقة من أجل المجاز، والمراد باليمين في الحديث هي اليمين الحقيقية، والله تعالى أعلم.

وكذلك إذا قال: هي طالق إلا أن يشاء الله، فيقع الطلاق من باب أولى، وهو القول الراجح عند الفقهاء، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لا تعلم.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٢١٦/٧، وقوانين الأحكام ص ٢٥٦، وحاشية الدسوقي ٣٩٢/٢.

(٢) انظر: تكملة المجموع ١٤٦/١٦، وفتح القدير ١٣٦/٤.

(٣) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم، ورجاله رجال الصحيح، انظر: تكملة المجموع ١٤٨/١٦.

٥ ـ وإن علق الطلاق بمشيئة إنسان كالزوجة أو غيرها كما لو قال: أنت طالق إن شئت، أو شاء فلان، فلا تطلق حتى تشاء أو يشاء فلان، سواء وجدت المشيئة على الفور أم على التراخي، وهذا مذهب الحنابلة.

لأنه تعليق للطلاق على شرط، فكان على التراخي، كسائر التعليقات، ولا فرق بين أدوات الشرط عندهم، يعني، سواء كان التعليق بحرف إن، أو بإذا، أو متى، أو أنّى، أو كلما[1].

وقال بعض الفقهاء: إنها لا تطلق إلا إذا شاء على الفور، لأن هذا تمليك للطلاق، فكان على الفور، كقوله: اختاري.

وهذا مذهب الشافعية، ولا فرق عندهم بين ـ إن ـ وغيرها من أدوات الشرط[2].

ووافق الحنفية الشافعية فيما إذا كان حرف الشرط ـ إن ـ، وأما في غيرها من باقي حروف الشرط فعلى التراخي، كما هو الحال في مذهب الحنابلة، لأن هذه الحروف صريحة في التراخي[3].

والظاهر: أن القول الأول أرجح، لأن إطلاق اللفظ بدون تقييد يدل على التراخي، والله تعالى أعلم.

فإن قيد ذلك فقال: أنت طالق إن شئت اليوم فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق، وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فلا تطلق حتى توجد المشيئة منهما، ولو تراخت مشيئة أحدهما عن الآخر[4].

٦ ـ ومن حلف يميناً عامة بالطلاق لسبب خاص وله نية حمل عليها،

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢١٢.
(٢) انظر: تكملة المجموع ١٦/٢٢٩.
(٣) وكذلك «كيف» فإنها مثل: إن، وحرف إن في مذهب الحنفية مثل اختاري فإنها تختار طلقة واحدة رجعية، ويتوقف على المجلس فقط، انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٤٠، والاختيار ٣/١٣٥. وهو مذهب الهادوية. انظر: التاج المذهب ٢/١٣٢.
(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢١٤.

كما لو قال لامرأته: إن خرجت من البيت فأنت طالق، فرجعت، ثم خرجت بعد ذلك، فإن كانت نيته منعها في ذلك الوقت الذي وجد فيه سبب منعها لم يحنث، أما إذا قصد منعها من الخروج مطلقاً حنث.

وكذلك فيما لو دعاه أحد إلى غدائه فقال: امرأتي طالق إن تغديت فرجع وتغدى في بيته فلا يحنث، لأن حلفه كان عن الغداء مع ذلك الشخص الذي دعاه لا على مطلق الغداء[1].

٧ ــ ومن حلف بالطلاق على أن يفعل شيئاً فلا يمنع من إتيان زوجته قبل فعل ما حلف عليه، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية[2].

لأنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه.

ويرى المالكية: أنه لا يحل له إتيانها حتى يفعل، ونقل ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن البصري والشعبي وغيرهم من فقهاء التابعين، وهو رواية عن الإمام أحمد، لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق[3].

فإن لم يفعل وتضررت المرأة بذلك رفعت به وضرب له أجل الإيلاء من يوم الرفع والحكم عليه، هذا بناء على مذهب المالكية.

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأنه لا يوجد مانع من الاستمتاع بها قبل وقوع الطلاق عليها، لأن الطلاق لا يقع إلا بعد وقوع الفعل، والله أعلم.

٨ ــ حكم الحلف بالطلاق عند الفقهاء.

إن هذه المسألة كثيراً ما تشكل على بعض الناس، وقد ابتلي بها كثير من المسلمين فيحلفون بالطلاق، حتى أن بعضهم لا يبيع ولا يشتري إلا

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٢٢.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/١٨٩.
(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٩٧، ومغني ابن قدامة ٧/١٨٩.

بالحلف بالطلاق وغيره، ومنهم من يرى أن اليمين المصدقة هي اليمين بالطلاق، ولم يكن الحلف بالطلاق معروفاً في عهد النبي ﷺ ولا في عهد السلف الصالح من بعده، وإنما حدث ذلك في العصور المتأخرة، نتيجة لتساهل الناس في دينهم وجهلهم بالأحكام الشرعية.

ولما كان لم يوجد نص صريح في خصوص حكم الحلف بالطلاق اختلف المجتهدون من فقهاء الإسلام في الحكم في هذه المسألة في حكم وقوع الطلاق إذا حلف الإنسان به وحنث.

وأيضاً لما كانت هذه المسألة تعتبر في نظري من أعقد المسائل الفقهية وأهمها، حاولت أن أعرضها بصورة مبسطة وموضحة ومختصرة ليسهل تناولها وفهمها لكل قارىء مشيراً إلى المراجع والأصول التي اعتمدت عليها في كتابة هذه المسألة، وأرجو من الله أن أكون قد وفقت للصواب، فأقول وبالله التوفيق:

إذا قال الإنسان: علي الطلاق لأفعلن كذا، أو لم أفعل كذا أو إن هذه السلعة بكذا، أو يلزمني الطلاق لأفعلن كذا، أو يقول: إن دخلت زوجته الدار فهي طالق، أو إن خرجت من البيت فهي طالق، أو إن لم تخرج، أو مهما خرجت، أو إذا خرجت، أو متى خرجت، أو بأي أداة من أدوات الشرط.

فهل هذا حلف بالطلاق حقيقة ويلزم الطلاق من حنث إن تحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق، أو أنه يمين من الأيمان فلا يقع به الطلاق إلا إذا نواه، فيكون حقيقة في اليمين وكناية في الطلاق، أو أنه لغو وليس بحلف ولا يقع به طلاق ولا تلزم به كفارة؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى آراء متعددة وتتلخص في ثلاثة آراء.

١ ــ **الرأي الأول**: أن الحلف بالطلاق يقع به الطلاق وهو حقيقة فيه، سواء نواه أم لم ينوه، وسواء كان معلقاً على شرط، كأن يقول: إن خرجت فلانة من البيت فهي طالق، أو بدون تعليق نحو عليّ الطلاق لأفعلن كذا، ونحو

ذلك. وهذا مذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية والزيدية والمالكية والشافعية والحنابلة[1].

وحجتهم في ذلك، بأن الأصل في اليمين بالله تعالى، مثل: والله وبالله وتالله يقصد به الحث على فعل شيء أو تركه بجملة تكون من قسم وجواب قسم، مثل: والله لأفعلن كذا، فكذلك تعليق الحكم بالشرط فإنه يكون حلفاً في العرف، لأن في ذلك معنى القسم، من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبهت قوله: والله وبالله وتالله.

٢ ـ **الرأي الثاني**: أنه ينظر إلى مقصود المتكلم ومراده.

فإن كان غرضه إيقاع الطلاق عند وقوع الشرط فيكون موقعاً للطلاق إذا حنث أو وجد المشروط، وإن لم يكن قصده وقوع الطلاق إذا وقع الشرط فحكمه حكم الحالف باليمين، يعني أنه يكون حقيقة في اليمين كناية في الطلاق أو في غيره كالنذر والصوم والصدقة كأن يقول: إن فعلت كذا فعلي حج أو فعلي صوم، أو صدقة، أو فامرأتي طالق ونحو ذلك، فإن قصد وقوع هذه الأمور فتلزمه، وإن لم يقصدها لم تلزمه[2].

ونقل هذا الرأي عن طاووس اليماني أحد كبار التابعين ونقل عن بعض المالكية أنهم أفتوا بذلك وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم الجوزية، وقال ابن تيمية وهو مقتضى نصوص أحمد بن حنبل وأصوله في غير موضع[3].

وحجتهم في ذلك: أن هذا منقول عن الصحابة في الحلف بالعتق فإنهم

---

(١) انظر: فتح القدير ٣٨/٤، وبدائع الصنائع ١٦١٤/٤، والتاج المذهب ١٥٨/٢، والمجموع ١٥٣/١٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ١٧٩، ومغني ابن قدامة ١٣٧/٧، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٥/٣٣.

(٢) وجمهور الفقهاء يفرقون بين النذر والطلاق فإن علق النذر بشرط كحج أو صوم ونحو ذلك من العبادات فالراجح عندهم أن فيه كفارة يمين وإن علق الطلاق بالشرط فهم متفقون على أن الطلاق يلزم إذا حنث.

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٥/٣٣ و٢١٨، وأعلام الموقعين ١١٤/٤.

أفتوا من قال: إن لم أفعل كذا فكل مملوك لي حر، بأنه يمين تكفر، وقد قاس أصحاب هذا الرأي الطلاق على العتق، بل قالوا إن الطلاق أولى، وقالوا أيضاً: بأن هذه يمين واليمين قد جعل الله فيها كفارة بقوله تعالى: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾، وقوله تعالى: ﴿ذلكم كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم﴾.

وقول النبي ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير»[1].

٣ ـ **الرأي الثالث**: إن الذي يحلف بالطلاق لا يلزمه طلاق ولا تجب فيه كفارة إذا حنث، وإنه يعتبر لغواً سواء كان الحلف بعبارة الشرط والجواب مثل: إذا فعلت كذا فعلي الطلاق، أو كان مجرداً عن الشرط، مثل: علي الطلاق إن لم أفعل كذا ونحو ذلك.

وهذا مذهب جماعة من السلف والخلف، وروي ذلك عن الإمام علي كرم الله وجهه، وهو مذهب أهل الظاهر، ونقل ذلك عن أبي ثور أحد فقهاء الشافعية، ونقل أيضاً عن بعض فقهاء المالكية واختار هذا الرأي الإمام الشوكاني رحمه الله[2].

قال في السيل الجرار شرح الأزهار: وأما قول القائل: عليه الطلاق أو يلزمه الطلاق فليس من ذلك في شيء ولم يجعله الله عليه طلاقاً ولا ألزم أحداً من عباده به، فمن قال: عليه الطلاق ليفعلن كذا أو عليه الطلاق ما فعل كذا أو يلزمه الطلاق ليفعلن كذا أو ما فعل كذا فليس المراد له، والمقصود منه عند التكلم بهذا الكلام إلا وقوع ذلك الأمر أو عدم وقوعه ولكنه أراد أن يشعر السامع بحرصه وتكالبه على الوقوع أو عدمه[3].

---

(١) رواه الإمام مسلم في كتاب الأيمان، انظر: صحيح مسلم ١٩٤/٤ و١٩٥، مع شرح النووي وهو روي بألفاظ مختلفة عن أبي هريرة وعدي بن حاتم.

(٢) انظر: أعلام الموقعين ١٠١/٤، والمحلى ٥٤١/١١، وما بعدها.

(٣) انظر: السيل الجرار شرح الأزهار ٣٥٩/٢، وخص الشوكاني رحمه الله تعالى الحلف =

قال ابن القيم: وهو اختيار أبي عبدالرحمن أحمد بن يحيى بن عبدالعزيز أحد فقهاء الشافعية ويظهر من كلامه أنه يرجح هذا الرأي(١).

واحتجوا لذلك بأن وقوع الطلاق بمجرد الحلف به إلزام للنفس بما لا يلزمها لا من جهة الشرع ولا من جهة الشخص نفسه، لأن اللفظ نفسه لم يظهر منه أن الحالف كان مريداً للفرقة.

وقالوا أيضاً: بأن هذا باطل وتعد لحدود الله، لأن الحلف لا يكون إلا بالله، والحلف بغير الله معصية، كما جاء النهي عنه في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله»(٢) وكذلك تعليق الطلاق بشرط، فلا يقع الطلاق بوقوع الشرط، لأنه ليس هناك ما يدل على وقوعه لا من كتاب ولا من سنة، بل المفروض أن يكون هذا الشرط باطلاً، كسائر العقود التي تفسد بالشروط لقول النبي ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»(٣).

ـ القول المختار في هذه المسألة:

وبعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة يبدو لي أن مذهب جمهور الفقهاء هو الراجح، وهو أن من علق الطلاق على أمر مستقبل ممكن الوقوع فإذا وقع الشرط المعلق عليه الطلاق وقع، سواء نواه أم لم ينوه لأنه طلاق صريح، وإنما سمي يميناً مجازاً، ولكن ليس يميناً حقيقة، وإنما هو طلاق في الحقيقة، فمن قال لزوجته: إن خرجت من المنزل فأنت طالق، فإنه تلفظ

= بالطلاق مثل قول الشخص: علي أو يلزمني الطلاق، ولم يتعرض في تعليق الطلاق بالشرط ويفهم من كلامه هذا وفي غير هذا الموضع أيضاً: أن الطلاق إذا علق على أمر مستقبل ممكن الوقوع فإنه يوافق مذهب الجمهور ويوقع الطلاق بذلك مثل أن يقول شخص لزوجته: إن خرجت من البيت فأنت طالق فإنها متى خرجت تطلق.

(١) انظر: أعلام الموقعين ٤/١٠١.

(٢) رواه أحمد ومسلم والنسائي، انظر: نيل الأوطار ٧/٢٥٥.

(٣) رواه البخاري ومسلم وفي لفظ للبخاري: من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن كان مائة شرط، انظر: فتح الباري ٥/١٨٧.

بصريح الطلاق، فإذا ادعى أنه قصد بذلك التهديد وحمل زوجته على عدم الخروج فلا يقبل قوله، لأن اللفظ لا يحتمل إلا معنى واحداً وهو الطلاق، لأن اللفظ صريح فيه، هذا الذي يظهر لي، والله تعالى أعلم.

وهو الأحوط، لأن الأبضاع ينبغي التورع فيها والأخذ بالأحوط، والقول بعدم وقوعه قد يجر الناس إلى التساهل والتجرؤ على حدود الله تعالى والوقوع في المحذور والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزواً﴾[1].

وأما قول من قال: بأن ذلك يمين والحلف لا يجوز إلا بالله أو باسم من أسمائه أو بصفة من صفاته وإن ذلك يعتبر لغواً، فيجاب على ذلك بأن المراد بالحلف الذي لا يجوز إلا بالله هو الحلف الحقيقي، وأما تعليق الطلاق على شرط ليس حلفاً حقيقياً وإنما هو مجاز سماه الفقهاء حلفاً، لأن في الشرط تشبيهاً بالقسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب، ولأن فيه حثاً على الفعل أو المنع وليس يميناً في الحقيقة، وعلى ذلك فإن الطلاق المعلق على شرط يقع عند وجود الشرط المعلق عليه، سواء كان ظاهراً، مثل: أن يقول رجل لزوجته: إن خرجت من المنزل فأنت طالق، أو مقدراً مثل: أن يقول: علي الطلاق أو يلزمني الطلاق إن لم أسافر، وتقدير الشرط: إن لم أسافر فعلي الطلاق، أو فيلزمني الطلاق[2].

ـ ما يشترط لوقوع الطلاق المعلق:

وقد اشترط الفقهاء لصحة وقوع الطلاق المعلق شرطين.

أحدهما: أن تكون المرأة محلاً للطلاق عند صدور صيغة التعليق، بأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً، فلو قال رجل لأجنبية: إن سافر أبوك إلى

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٣١.

(٢) فإن كان الحلف بالطلاق صريحاً، مثل: أن يقول: والطلاق أو بالطلاق ليفعل كذا، فالظاهر: أنه إذا لم يلزم نفسه بطلاق في نيته يكون لغواً، كقول الإنسان: والكعبة أو وشرفي، وإن نوى بذلك طلاقاً يقع عليه طلاق فيكون كناية، والله تعالى أعلم.

المغرب فأنت طالق، ثم تزوجها، وسافر أبوها إلى المغرب فلم تطلق، لأنها لم تكن زوجته وقت التعليق.

ثانيهما: أن تكون المرأة محلاً للطلاق عند حصول الأمر المعلق عليه، فلو قال لزوجته: إن دخلت بيت أبيك فأنت طالق، ثم نجز طلاقها، وبعد انتهاء عدتها دخلت بيت أبيها لم يقع عليها الطلاق لأنها صارت أجنبية، فإذا دخلت بيت أبيها وهي معتدة من طلاق رجعي وقع عليها الطلاق لأن المطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة في مذهب عامة الفقهاء.

وكذلك المطلقة البائن المدخول بها إذا دخلت في عدتها فيلحقها الطلاق في مذهب الحنفية لأن الزواج قائم عندهم حكماً، ولو كان الطلاق بائناً، لأن عليها العدة، ولها النفقة، ولا يجوز خروجها من البيت إلا بعد انتهاء العدة[1].

وقد بينت في شروط إيقاع الطلاق على المطلقة بأن مذهب الجمهور هو الراجح، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: أقسام الطلاق باعتبار صفته الشرعية:

وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين، إلى سني، وإلى بدعي.

القسم الأول: الطلاق السني:

ومعنى طلاق السنة: الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وآله وسلم.

وقد اتفق الفقهاء: على أن من طلق زوجته المدخول بها وهي من ذوات الحيض طلقة واحدة في طهر لم يمسها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها فإنه مطلق للسنة، ومطلق للعدة التي أمر الله بها في قوله: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾[2].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٥٢/٤.

(٢) سورة الطلاق: آية ١.

أي لأول عدتهن، وهو الوقت الذي يصلح فيه ابتداء عدتهن، وصح عن ابن عباس، أنه قال: في قبل عدتهن[1].

وقد بين النبي ﷺ العدة في الآية التي تطلق لها النساء، كما جاء ذلك عن ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»[2].

ويصف فقهاء الحنفية الطلاق المسنون المتفق عليه بأنه أحسن الطلاق، لأن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يطلقون نساءهم على هذه الصفة.

وهناك نوع ثان من طلاق السنة عندهم ويصفونه: بالطلاق الحسن، وهو أن تطلق الحرة من ذوات الحيض المدخول بها ثلاث طلقات في كل طهر طلقة واحدة بدون أن يمسها فيه[3].

واستدلوا بما روي عن ابن عمر: أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها تطليقتين أخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، قد أخطأت السنة، والسنة، أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء»، فأمرني فراجعتها[4]. فهذا

---

(١) انظر: فتح الباري ٣٤٦/٩.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ٣٤٦/٩، وشرح النووي لصحيح مسلم ٦٦٠/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٧٦٥/٤ و١٧٦٦.

(٤) فالحديث بهذه الرواية لم يصح لأن في سنده معلى بن منصور رماه الإمام أحمد بالكذب وأعله البيهقي بعطاء الخراساني: بأنه أتى بزيادات لم يتابع عليها، انظر: نصب الراية ٢٢٠/٣، وروي عن عبدالله بن عمر أنه قال: من السنة أن يطلقها في كل طهر تطليقة، فإذا كان آخر ذلك فتلك العدة التي أمر الله بها، فإسناده صحيح، انظر: سنن الدارقطني ٥/٤.

الطلاق يكون من الطلاق السني حتى وإن لم يصح الحديث بذلك لأنه طلاق في طهر لم يمسها فيه.

وقول الحنفية هذا مبني على القول بأن الطلاق يتبع الطلاق وإن لم تتخلله رجعة، وقد ذكرت ذلك في شروط إيقاع الطلاق، هذا حكم الطلاق بالنسبة للمدخول بها إذا كانت من ذوات الحيض.

ـ وأما الحامل والآيسة والصغيرة أو التي لم يدخل بها فليس في طلاقهن سنة ولا بدعة وذلك من جهة الوقت، لأن العدة لا تطول بالنسبة للآيسة والصغيرة، لأنها تعتد بالأشهر، وكذلك الحامل التي استبان حملها، وأما غير المدخول بها فليس لها عدة، قال ابن قدامة: ليس في طلاقهن سنة، ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا، وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم[1].

ـ وأما من حيث العدد فإن من يقول: بأن إيقاع الطلاق الثلاث مجموعة بدعة، فتكون السنة في طلاقهن من حيث العدد، وهو طلقة واحدة، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، وهو قول في مذهب الحنابلة.

ومن يقول بأنه ليس ببدعة فيكون النظر عنده في السنة والبدعة من حيث الوقت فقط وهو خاص بذوات الأقراء المدخول بهن، وما عداهن لا يوصف طلاقهن بسنة ولا ببدعة، وهذا مذهب الشافعية وهو قول في مذهب الحنابلة[2].

القسم الثاني: الطلاق البدعي وفيه ثلاث فروع:

الفرع الأول: حكم الطلاق البدعي من حيث شرعيته:

ـ وهو الطلاق الذي يكون مخالفاً للسنة، كما لو طلق زوجته وهي حائض أو نفساء أو في طهر مسها فيه، فالطلاق في هذه الحالة بدعة باتفاق

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٠٩/٧.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣٠٧/٣، ومغني ابن قدامة ١٠٢/٧.

الفقهاء، وكذلك إذا طلقها أكثر من واحدة، فإنه بدعة في مذهب الحنفية والمالكية، وليس ببدعة في مذهب الشافعية وفي قول للحنابلة.

وسنفصل أقوالهم وأدلتهم في ذلك في حكم إيقاع الطلاق الثلاث مجموعة.

- وطلاق البدعة من حيث وصفه الشرعي حرام باتفاق الفقهاء من حيث الجملة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾، فإنه سبحانه وتعالى أمر من أراد أن يطلق أن يوقع الطلاق في وقت تستقبل فيه المرأة عدتها، والطلاق في الحيض أو في طهر مسها فيه لم تستقبل فيه المرأة عدتها إنما يكون ذلك تطويلاً عليها.

وقد بين الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بأن هذا المعنى هو المراد من الآية الكريمة، كما جاء ذلك في حديث ابن عمر السابق حيث قال فيه: فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.

وفي قول في مذهب المالكية: إن المحرم هو الطلاق في الحيض فقط، وإذا طلقها في طهر مسها فيه فيكون ذلك مكروهاً وليس بحرام[1].

والمعتمد في مذهبهم: أنه حرام أيضاً، وهو الراجح، لأن النهي عنه صحيح صريح كما جاء ذلك في حديث ابن عمر: وإن شاء طلق قبل أن يمس».

- ولو سألت المرأة الطلاق من الرجل في الحيض فأجابها، فقال بعض الفقهاء: إنه لا يحرم، لرضاها بطول العدة، وهذا قول في مذهب الشافعية والأصح عندهم التحريم، لأنها قد تسأله كاذبة، كما هو شأن النساء.

- ويجوز الخلع في الحيض والنفاس، ويكون حكمه لا سني، ولا بدعي، لعموم قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، ولأنها محتاجة

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٦١.

إلى الخلاص بالمفارقة حيث افتدت بالمال، لأن بذله يشعر بالضرورة[1].

ـ وإذا انقطع الدم من الحيض دخل زمن السنة، ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[2].

وقال الحنفية: إن انقطع الدم لأقل الحيض فلا يصح الطلاق حتى تغتسل، وإن انقطع لأكثره جاز قبل أن تغتسل[3].

ولا يجوز الطلاق في مذهب المالكية إلا بعد الغسل من الحيض، إلا أنه إذا طلقها بعد انقطاع الدم فلا يجبر على الرجعة، بخلاف ما لو طلقها قبل انقطاعه[4].

الفرع الثاني: في حكم الطلاق البدعي من حيث وقوعه:

فمن طلق زوجته وهي حائض أو في طهر مسها فيه كان آثماً، لأنه مخالف للسنة، وكان طلاقه واقعاً، فإن طلقها واحدة أو اثنتين، أو ثلاثاً وقع عليها الطلاق وتبين بالثلاث بينونة كبرى، وهذا قول عامة الفقهاء[5].

إلا إذا وقع الطلاق الثلاث بلفظ واحد فإن فيه خلافاً عند الفقهاء نبينه في معرض كلامنا على حكم الطلاق الثلاث مجموعة.

واستدل الفقهاء على وقوع الطلاق في حال الحيض بحديث ابن عمر وفيه: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمره بإرجاعها، والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق صحيح، وهو كان في الحيض فحسبت تطليقة، وتقدم الحديث بهذه الرواية متفق على صحته.

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٣/٧، ومغني المحتاج ٣٠٨/٣.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ١٠٦/٧.
(٣) انظر: فتح القدير ١٦٦/٤.
(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٣٦٣/٢.
(٥) انظر: مغني ابن قدامة ٩٩/٧، وفتح القدير ٤٦٨/٣، وحاشية الدسوقي ٣٦١/٢، ونهاية المحتاج ٢/٧، والتاج المذهب ١٢٧/٢.

وفي رواية: قال ابن عمر: يا رسول الله أرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا، كانت تبين منك، وتكون معصية»[1].

وفي رواية: فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «فليراجعها» قال ـ عمر ـ: قلت: تحتسب؟ قال: «فمه»[2].

وفي رواية: قال ابن عمر: «حسبت عليّ تطليقة»[3].

ولأن الطلاق ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة للسنة وإنما هو إزالة عصمة وقطع ملك فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له وقد نقل الإجماع على وقوع الطلاق[4].

ولم يخالف في ذلك إلا شرذمة شاذة فلا يعتد برأيها ولا يؤخذ بقولها في هذا الموضوع فقالوا: إن الطلاق لم يقع.

ـ هذا قول ابن حزم الظاهري وأخذ به ابن القيم وشيخه ابن تيمية ونقل ذلك عن ابن علية والشيعة الإمامية[5].

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾، أي في الوقت الذي يستقبلن فيه العدة، والمطلق في الحيض لم يطلق للعدة[6].

وبقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ فإن الطلاق الذي حرمه الله ليس تسريحاً بإحسان.

---

(١) رواه الدارقطني، انظر: سنن الدارقطني ٤/ ٣١، وهو بهذه الرواية ضعيف لا يحتج به.

(٢) رواه البخاري وغيره، انظر: فتح الباري ٩/ ٣٥١.

(٣) رواه البخاري وغيره، انظر: المصدر السابق.

(٤) انظر: مصادر الفقهاء السابقة.

(٥) قال ابن حزم: فإن طلقها طلقة أو طلقتين في طهر وطئها فيه أو في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق، وهي امرأته كما كانت، إلا إن طلقها ثلاثاً مجموعة فيلزم، انظر: المحلى ١١/ ٤٤٩.

(٦) يعني للعدة التي أمر الله بها، انظر: زاد المعاد ٤/ ٤٧.

واستدلوا أيضاً بحديث ابن عمر وفيه أنه قال: وردها عليّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يرها شيئاً[1].

ومذهب جمهور الفقهاء هو الراجح فيما يبدو، لأن أدلتهم صحيحة وصريحة في وقوع الطلاق في البدعة، وأما الآيات التي استدل بها الآخرون فمحتملة، ويمكن أن تكون عامة مخصوصة بأدلة الجمهور الصحيحة الصريحة، وأما ما جاء في حديث ابن عمر فهو شاذ ومنكر، ولو صح فمعناه: لم يرها شيئاً مستقيماً، لكونها لم تكن على السنة[2].

الفرع الثالث: حكم الرجعة من طلاق محرم:

يرى جمهور الفقهاء: أنها مستحبة، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمر بالرجعة، فقال لعمر: «مره فليراجعها»، قالوا: وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه بالرجوع يزيل المعنى الذي حرمه الطلاق، وليست الرجعة بواجبة واحتجوا على عدم الوجوب: بأن ابتداء النكاح لا يجب فكذلك استدامته[3].

ويرى المالكية: أن الرجعة واجبة ويجبر المطلق عليها، وهو رواية عن الإمام أحمد وقول داود الظاهري ورجحه بعض فقهاء الحنفية، قال صاحب الهداية: إنه واجب عملاً بحقيقة الأمر ورفعاً للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة، ودفعاً لضرر تطويل العدة[4].

وظاهر الأمر يفيد الوجوب، والأخذ به أولى، والله تعالى أعلم.

فإن راجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد أن تطهر من الحيضة الثانية وإن شاء طلقها وهي طاهر قبل أن يمسها.

---

(١) رواه أبو داود، قال الشوكاني: ورجاله ثقات، وقد أعله بعضهم، انظر: نيل الأوطار ٢٥٢/٦.

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: فتح الباري ٣٤٩/٩، ومغني ابن قدامة ١٠٠/٧، والتاج المذهب ١٢٧/٢.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٣٦٢/٢، وفتح القدير ٤٨١/٣، والمصادر السابقة.

قال الفقهاء: والحكمة من ذلك: لأجل أن يستبرئها بعد الحيضة التي طلقها فيها بطهر تام ثم حيض تام ليكون تطليقها وهي تعلم عدتها إما بحمل أو بحيض، ويحتمل أن تكون الحكمة: أن لا تصير الرجعة لغرض الطلاق، فإذا أمسكها زماناً يحل فيه طلاقها ظهرت فائدة الرجعة لأنه قد يطول مقامها معه، فقد يأتيها فيذهب ما في نفسه من سبب طلاقها فيمسكها، وقيل: أنه عقاب له على إيقاعه الطلاق في الوقت المحرم فيمنع منه في الوقت الذي يباح فيه له[1].

وظاهر الحديث يفيد وجوب الإمساك حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر وهومذهب المالكية، وهو قول في مذهب الشافعية[2].

ويرى جمهور الفقهاء: أنه يجب إمساكها حتى تطهر من تلك الحيضة فقط، وإن إمساكها بعد ذلك حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر مستحب، لأن المنع كان لأجل الحيض فإذا طهرت زال موجب التحريم فجاز طلاقها في هذا الطهر كما يجوز في الذي بعده، أو في الطهر الذي لم يتقدم طلاق في الحيض[3].

وظاهر الحديث يفيد وجوب الإمساك إلى أن تطهر من الحيضة الثانية، والله تعالى أعلم.

---

(١) وهناك أقوال أخرى في الحكمة من إمساكها في الطهر بعد الحيض الذي طلقها فيه، انظر: فتح الباري ٩/٣٤٩، ومغني ابن قدامة ٧/١٠١.

(٢) انظر: المصادر السابقة، وإذا طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة التي كان فيها الطلاق وجب إرجاعها أيضاً، والمشهور في مذهب المالكية إجباره في الحائض دون الطاهر، وقالوا فيما إذا طلقها وهي حائض: يجبر على الرجعة، فإن امتنع أدبه الحاكم بالضرب أو بالحبس، فإن لم يرتجعها ارتجعها الحاكم، فيقول: ارتجعت لك زوجتك، وجاز له وطؤها بارتجاع الحاكم ولو لم ينوها الزوج، لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته، قال في الحاشية ٢/٣٦٣: فلو طلقها في الطهر الأول ـ وهو الذي يجب فيه الإمساك ـ كره له ولم يجبر على الرجعة، يعني أنه يجب إرجاعها ويجبر عليه إذا طلقها في حال الحيض، كما أنه يكره طلاقها في طهر مسها فيه ولا يحرم، وعللوا للكراهة بأنها لا تدري هل تعتد بالأقراء أو بوضع الحمل، انظر: حاشية الدسوقي ٢/٣٦٣.

(٣) انظر: المصادر السابقة.

المطلب الرابع: أقسام الطلاق باعتبار أثره في الفرقة:

وهو ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين: طلاق رجعي، وطلاق بائن.

ـ القسم الأول: الطلاق الرجعي:

وهو الذي يستطيع الزوج بعده مراجعة زوجته إلى عصمته بدون موافقة منها وبدون عقد ومهر جديدين ما دامت في العدة.

فإذا انتهت العدة ولم يراجعها صارت بائنة بينونة صغرى فلا يصح أن يعود إليها إلا بعقد ومهر جديدين وموافقة منها.

والأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، إلا إذا كان قبل الدخول، أو كان على مال، أو كان مكملاً للثلاث ففي هذه الحالات يكون بائناً باتفاق الفقهاء، وما عدا هذه الحالات فيه خلاف نبينه في محله بإذن الله تعالى.

والرجعة حق للزوج، قال تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾[1].

فقد جعل الله سبحانه وتعالى حق الرجعة أثراً من آثار الطلاق الرجعي ولذلك فلا يملك أحد إسقاطه، حتى ولو أسقط فإنه لا يقبل الإسقاط، فلو قال بعد أن طلقها: لا رجعة لي عليك فلا تسقط الرجعة وله أن يراجعها ما دامت في العدة.

وقد بينت شروط الرجعة وأحكامها في مبحث خاص بالرجعة.

القسم الثاني: الطلاق البائن:

وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: في بيان أقسام الطلاق البائن:

وهو ينقسم إلى قسمين: بينونة صغرى، وبينونة كبرى.

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

ـ فالطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه إعادة زوجته إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين وموافقة منها.

والطلاق البائن بينونة كبرى: هو الذي لا يملك الزوج فيه إعادة زوجته إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يطلقها وتنتهي عدتها منه فتحل له بعد ذلك بعقد ومهر وموافقة منها، ويكون الطلاق بائناً في حالات، منها متفق عليها، ومنها مختلف فيها.

ـ يكون الطلاق بائناً إما بينونة صغرى وإما بينونة كبرى باتفاق الفقهاء في ثلاث حالات.

إحداها: إذا كان الطلاق قبل الدخول الحقيقي، فإنه يكون بائناً ولو حصلت خلوة، لأنها ليست بدخول حقيقي، لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً﴾[١].

ثانيتها: إذا كان الطلاق في مقابل مال تدفعه الزوجة، وهو ما يسمى بالخلع فإذا قبله الزوج وجب أن يكون ذلك طلاقاً بائناً، لقول الله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[٢].

فإن الإفتداء لا يتحقق إلا بخلاصها منه خلاصاً لا يجعل له حقاً في ردها إلى عصمته، لأنه لو ملك الرجوع عليها لم يتحقق الغرض المقصود من دفع العوض[٣].

ثالثتها: إذا كان الطلاق مكملاً للثلاث، فإذا طلقها الطلقة الثالثة بانت منه بينونة كبرى، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، لقول الله تعالى:

---

(١) سورة الأحزاب: آية ٢٩.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٩٠٩/٤، ومغني ابن قدامة ٥٩/٧، وهناك خلاف شاذ لا يعتد به ومفاده أن الزوج إذا رد العوض له الرجعة عليها، وهناك قول: أن الخلع إذا كان بلفظ الطلاق يكون طلاقاً رجعياً.

﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[1].

يعني: طلقها الطلقة الثالثة.

فإنه سبحانه وتعالى رتب على الطلاق في كل مرة من المرتين الأوليين أن للزوج حقاً بأن يمسك زوجته بمعروف أو يفارقها بإحسان، والإمساك بالمعروف يكون بمراجعتها قبل انقضاء عدتها، ثم بين في المرة الثالثة بأنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

وهناك حالات اختلف الفقهاء فيها من حيث كونها طلاقاً أم فسخاً، وعلى القول: بأنها طلاق فهل هي طلاق رجعي أم طلاق بائن؟ وفيما يأتي بيان ذلك.

١ ـ الفرقة بسبب العيب طلاق بائن ولا يوقعها إلا الحاكم، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، وتكون هذه الحالة الرابعة عندهم من أحوال الطلاق البائن[2].

وأما الجمهور فيرون أنها فسخ لا طلاق[3].

٢ ـ الفرقة بسبب العجز عن النفقة فهي فرقة فسخ في مذهب جمهور الفقهاء.

ويرى المالكية: أنها طلاق رجعي، فإن أيسر الزوج قبل انتهاء العدة فله الرجعة عليها وإن أيسر بعدها تبين منه امرأته[4].

٣ ـ وكذلك الفرقة بسبب غيبة الزوج.

٤ ـ الفرقة بسبب الإعسار بالصداق، فإنها فسخ عند جمهور الفقهاء، ويرى المالكية: أنها طلاق بائن.

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٥٥٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٣٨.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٦٥٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٩.

(٤) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٣٩.

٥ ـ وكذلك الفرقة بسبب الامتناع عن النفقة في مذهب المالكية فإنها تكون طلاقاً بائناً، وأما الجمهور فإنهم يقولون بأن النكاح لا يفسخ بسبب الامتناع عن النفقة وإنما تؤخذ منه قهراً، ولا فسخ إلا بالعجز عنها أو تعذر الإنفاق بسبب الغيبة[1].

٦ ـ تفريق الحكمين يكون طلاقاً بائناً، ولا أعلم في ذلك خلافاً[2].

٧ ـ الفرقة بسبب الإيلاء، يرى جمهور الفقهاء، أنها طلاق رجعي، سواء أوقعه بنفسه أم أوقعه الحاكم[3].

ويرى الحنفية: أنه يكون طلاقاً بائناً بمجرد انتهاء المدة وإن لم يقع منه طلاق[4].

٨ ـ وصف الطلاق بالشدة أو بالزيادة، مثل: أن يصفه بصفة التفضيل كما لو قال: أنت طالق طلقة شديدة أو عريضة أو طويلة، أو يقول أنت طالق أفحش الطلاق أو أخبثه أو شره أو أسوأه أو أغلظه أو أعظمه أو طلاق الشيطان، أو طلاق البدعة، فإنه تقع طلقة واحدة بائنة في مذهب الحنفية[5].

وعللوا لذلك: بأنه وصفه بما يحتمله لفظه، ولأنه وصف الطلاق بالشدة وهو البائن، لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض، أما الرجعي فيحتمله. وقالوا: إن نوى بهذا اللفظ ثلاثاً وقعت الثلاث.

ويرى الشافعية والحنابلة: أنه يكون طلقة واحدة رجعية، وبه قال أبو يوسف من فقهاء الحنفية[6].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٤١٨/٢، والمرجع السابق.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٥٠/٧، والمنتقى للباجي ١١٣/٤.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٣٣١/٧، والمهذب ١١١/٢، والمنتقى للباجي ٣١/٤.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٩٦٣/٤.
(٥) انظر: فتح القدير ٤٩/٤ و٥٠ و٥١، وبدائع الصنائع ١٨١٥/٤ و١٨١٦.
(٦) انظر: تكملة المجموع ١٣٧/١٦، ومغني ابن قدامة ٢٦٦/٧.

لأنه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ لتعجلها، أو لحبه إياها فلم يقع ما زاد بالشك[1].

إلا إذا قال: كل الطلاق أو أكثره فإنه تقع ثلاثاً، وهذا عند جميع الفقهاء القائلين بوقوع الثلاث بلفظ واحد.

وكذلك إذا قال: كعدد التراب والماء، إلا أبا حنيفة فإنه قال: تقع واحدة بائنة، لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له.

وقال الجمهور: إن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه، فأشبه الحصى، فتقع الثلاث بهذا اللفظ، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية[2].

٩ ـ يقع الطلاق بالكناية بائناً في مذهب الحنفية، سواء كانت الكناية ظاهرة أم خفية، مثل: أنت بائن أو بتة، أو بتلة، أو حرام، أو حبلك على غاربك، أو إلحقي بأهلك، أو خلية، أو برية، أو وهبتك لأهلك، أو سرحتك، أو فارقتك، أو أمرك بيدك، أو اختاري، أو أنت حرة، أو تقنعي، أو تخمري، أو استتري، أو أغربي، أو أخرجي، أو اذهبي، أو قومي، أو ابتغي الأزواج، فإن نوى بهذه الألفاظ الطلاق وقعت واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً كانت ثلاثاً، وإن نوى اثنتين كانت اثنتين.

إلا ثلاثة ألفاظ من ألفاظ الكناية وهي: اعتدي، واستبرئي وأنت واحدة، فإنه يقع بها واحدة رجعية[3].

---

(١) وكذلك إذا قال لزوجته هي طالق ملء الدنيا أو ملء البيت فتقع واحدة رجعية، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، إلا إذا نوى الثلاث فتقع الثلاث بالنية، وأما في مذهب الحنفية فإنها تكون بائنة بمجرد التلفظ، قالوا: لأن وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٦٥.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/٥٢، ومغني ابن قدامة ٧/٢٦٦، وقال أبو يوسف تقع واحدة رجعية ونقل ذلك عن إمام الحرمين من الشافعية، لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب، انظر: فتح القدير ٤/٥٢.

(٣) انظر: فتح القدير ٤/٦٠ و٦٢ و٦٣ و٦٤.

وفصل المالكية والحنابلة بين الكناية الظاهرة والخفية فقالوا: يقع الطلاق ثلاثاً بالكناية الظاهرة وإن لم ينوه ولا يقع بالكناية الخفية إلا ما نواه.

ولا يقع في مذهب الشافعية إلا ما نواه، فإن نوى واحدة أو اثنتين فهو رجعي، وإن نوى ثلاثاً فتبين منه بينونة كبرى، وهذا قول في مذهب الحنابلة، سواء كانت الكناية خفية أم ظاهرة[1].

هذا هو مجمل أقوال الفقهاء في الطلاق البائن، وقد ذكرت تفصيل ذلك في صيغة الطلاق.

الفرع الثاني: في آثار الطلاق البائن:

- يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الأمور التالية:

١ ـ انقطاع الزوجية انقطاعاً تاماً في الحال بحيث أنه لا يمكن أن تعود المرأة إلى زوجها إلا بعقد ومهر جديدين وبموافقة منها.

٢ ـ يحل الصداق المؤجل كله أو بعضه بمجرد وقوع الطلاق البائن.

٣ ـ إن كانت المطلقة مدخولاً بها وجبت عليها العدة[2].

٤ ـ انقطاع التوارث بين الزوجين فيما إذا مات أحدهما ولو قبل انقضاء العدة، لأن سبب الإرث الزوجية، والبينونة تزيل الملك الثابت بهذه الزوجية، فإن طلقها في حالة الصحة فلا خلاف في انقطاع التوارث بينهما، وهناك خلاف فيما إذا طلقها في حالة مرض مخوف، فبعض الفقهاء قال: لا ترث، وبعضهم قال: ترثه، لأنه متهم بحرمانها[3].

---

(١) انظر: كشاف القناع ٥/٢٨٤، ومغني ابن قدامة ٧/١٣٠، والمهذب ٢/٨٥.

(٢) وتجب العدة بسبب الخلوة ولو لم يوجد دخول حقيقي في مذهب الحنابلة والحنفية ونقل ذلك عن كثير من فقهاء الصحابة والتابعين، وهو مذهب المالكية والهادوية أيضاً، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٥١، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٠، والتاج المذهب ٢/٢٠٩.

(٣) تقدم تفصيل ذلك في القسم الأول في الحقوق المشتركة بين الزوجين.

٥ ـ لا يلحق المطلقة طلاقاً بائناً طلاق ولو كانت مدخولاً بها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وخالف في ذلك الحنفية، فقالوا: يلحقها إن كانت مدخولاً بها ما دامت في العدة، وقال بعض الفقهاء لا يلحقها ولو كان الطلاق رجعياً(١).

٦ ـ نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فإن طلقها مرة بقيت له طلقتان وإن طلقها مرتين بقيت له طلقة واحدة.

٧ ـ جواز استئناف الزواج بعقد جديد ومهر جديد وشرط موافقتها لأن البينونة صغرى فتحل له ولو لم تتزوج بغيره.

ـ والبينونة الكبرى كالبينونة الصغرى في هذه الآثار، إلا في أمر واحد من هذه الأمور وهو أنه لا يحل له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بغيره زواجاً صحيحاً ودخل بها ذلك الغير، فإذا طلقها وانتهت عدتها من ذلك الغير حلت له أن يتزوجها، وتعود إليه بثلاث طلقات جديدة، لأن الزوج الثاني هدم طلاق الزواج السابق، ولا خلاف في ذلك عند الفقهاء.

وإنما اختلفوا فيما إذا طلقها طلقة أو طلقتين ولم يراجعها حتى انتهت عدتها وتزوجت بآخر ثم طلقها ذلك الزوج فتزوجت بزوجها السابق فهل ترجع إليه بما بقي من الطلاق أو أنها ترجع إليه بحل كامل فيملك عليها ثلاث طلقات؟.

فيرى بعضهم: أنها تعود إليه بحل كامل، لأن الزواج الثاني هدم طلاق الزواج السابق.

ويرى بعضهم: أنها تعود بحل ناقص فلا يملك إلا ما بقي من الطلاق لأن الحل لم يزل إلا بالثلاث، وما دام أن الحل يكون باقياً فلا يهدم ذلك الزواج، لأنه لا حاجة إليه فوجوده وعدمه سواء(٢).

---

(١) تقدم تفصيل ذلك في شروط إيقاع الطلاق.
(٢) تقدم تفصيل ذلك في المحرمات على التأقيت في المطلقة ثلاثاً.

هذا إذا تزوجت، أما إذا لم تتزوج فلا خلاف عند الفقهاء من أنها تعود إليه بما بقي من الطلاق، وقد تقدم تفصيل ذلك في المحرمات على التأقيت في المطلقة ثلاثاً.

الفرع الثالث: في حكم وقوع الطلاق الثلاث:

فلا خلاف بين الفقهاء من أن الرجل يملك على زوجته ثلاث طلقات، والطلاق الصادر منه: إما أن يكون مفرقاً في أوقات مختلفة ومجالس متعددة، وإما أن يصدره بلفظ واحد، فيقول مثلاً: هي طالق ثلاثاً، وإما أن يصدره متتابعاً، ثلاث طلقات في مجلس واحد، مثل أن يقول: هي طالق، طالق، طالق.

ولا خلاف بين الفقهاء أيضاً فيما إذا طلق الرجل امرأته ثلاث طلقات متفرقات وتخلل كل طلقة منها رجعة، فإن زوجته لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

ـ واختلفوا في حكم الطلاق الثلاث مجموعة، هل تقع ثلاثاً ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، أو أنها تقع طلقة واحدة، أو أنها لا تقع شيئاً، واختلفوا أيضاً في حكم الطلاق المتتابع في مجلس واحد أو في مجالس ولم تتخلله رجعة.

أ ـ حكم وقوع الطلاق الثلاث مجموعة بلفظ واحد.

١ ـ يرى جمهور الفقهاء: أنها تقع ثلاثاً ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين، وهو قول كثير من فقهاء آل البيت[1].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٠٤/٧، وشرح الأزهار لابن مفتاح ٤٥٤/٢، وتكملة المجموع ٨٦/١٦، وبداية المجتهد ٦١/٢.

ثم قال تعالى بعدها: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾، فإن هذا عام يتناول إيقاع الطلاق على أي وجه، سواء كان دفعة واحدة أو على دفعات.

واستدلوا بحديث عويمر العجلاني أنه لما فرغ من لعان امرأته، قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[1].

فإنه أراد أن يحرم زوجته بهذا الطلاق، وأنه كان معروفاً عند الصحابة رضي الله عنهم بالبينونة الكبرى.

واستدلوا أيضاً بحديث عائشة: أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت برجل آخر فطلقها، فسئل النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أتحل للأول؟ قال: «لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول»[2].

فإنه يدل على اعتبار وقوع الثلاث مجموعة، لو لم يكن واقعاً لبينه النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

ـ واستدلوا أيضاً بحديث ابن عمر، وفيه قال: يا رسول الله أرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً كان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا، كانت تبين منك وتكون معصية»[3].

واستدلوا أيضاً بحديث ركانة، وفيه: أنه طلق امرأته البتة، فحلف أنه

---

(١) رواه الجماعة إلا الترمذي، انظر: فتح الباري ٣٦١/٩، ونيل الأوطار ٢٥٦/٦.

(٢) رواه البخاري وغيره بألفاظ مختلفة وهذا لفظ البخاري، انظر: فتح الباري ٣٦٢/٩.

(٣) رواه الدارقطني وسنده ضعيف، انظر: سنن الدارقطني ٣١/٤، ونصب الراية ٢٦٠/٣، وله شاهد في صحيح مسلم عن ابن عمر أنه كان إذا سئل عن الرجل يطلق امرأته وهي حائض، فإن كان الرجل طلق امرأته ثلاثاً يقول له: أما أنت فقد عصيت ربك فيما أمرك به، من طلاق امرأتك وبانت منك، انظر: صحيح مسلم مع شرح النووي ٦٦٢/٣.

ما أراد إلا واحدة، فردها النبي صلى الله عليه وآله وسلم[1].

فيدل على أنه لو أراد بلفظ «البتة»، الثلاث لا يمكن أن ترد عليه إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره.

واستدلوا بحديث إبراهيم بن عبدالله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال: طلق بعض آبائي امرأته ألف تطليقة، فانطلق بنوه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم يلتمسون له مخرجاً، فقال: «إن أباكم لم يتق الله فيجعل له مخرجا، بانت منه بثلاث على غير السنة»[2].

واستدلوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه: أنه سمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «من طلق البتة ألزمناه ثلاثاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره»[3].

ونقل بعض الفقهاء الإجماع على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد[4].

واستدلوا أيضاً بالمعقول، وهو أن الطلاق ملك للرجل، فله أن يوقعه مجموعاً، وله أن يوقعه مفرقاً، كسائر أملاكه.

٢ ــ إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة رجعية، وهذا منقول

---

(١) رواه الدارقطني وأبو داود وقال: هذا حديث حسن صحيح، قال الشوكاني: وأخرجه الترمذي وصححه أيضاً ابن حبان والحاكم وذكر أن فيه اضطراباً وضعفاً، انظر: نيل الأوطار ٦/٢٥٥.

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه وفي سنده ضعف، انظر: نيل الأوطار ٦/٢٦١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه وضعف إسناده، انظر: سنن الدارقطني ٤/٢٠.

(٤) قال الباجي: والدليل على ما نقوله إجماع الصحابة، ثم عدد فقهاء الصحابة المروي عنهم ثم قال: ومعنى حديث ابن عباس: أنه كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم طلاق الثلاث واحدة.
يعني كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات، ثم قال ويدل على هذا التأويل، أن عمر بن الخطاب قال: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، ثم قال: فلو كان حالهم كما كان في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ما قاله وما غاب عليهم أنهم استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، انظر: المنتقى ٤/٤.

عن جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين وهو رأي ابن تيمية وابن القيم وهو أيضاً مذهب الهادوية[1].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾.

يعني أن الطلاق الذي شرعه الله هو مـرة بعد مـرة بدون جمـع، فمن جمعـه في لفظ واحد أو مجلس واحد فلم يقع إلا المشروع وهو الواحدة.

واستـدلوا أيضـاً بحديث ابن عبـاس قال: كـان الطلاق عـلى عهـد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم[2].

واستدلوا أيضاً بحديث ركانة، وفيه: أنه طلق امرأته ثلاثاً، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت»[3].

وهو أيضاً إجماع قديم من لدن عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلى زمن عمر، فلما جاء عمر اجتهد فيه بعد فترة من خلافته.

وقالوا: إن أدلة الجمهور لا تدل على مشروعية إيقاع الثلاث مجموعة، فإن قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، الآية تدل على أنه لا يشرع إلا مفرقاً، وأما طلاق عويمر فإنه لم يصادف محلاً، لأن زوجته قد بانت باللعان، وأما حديث عائشة فلا يدل على أن الرجل أوقع الطلاق بلفظ واحد، وإنما يحتمل أنه طلقها ثلاثاً متفرقات.

وأما حديث ابن عمر فقالوا: إنه لم يصح بهذه الرواية، وإن صح فإنه يحتمل أنه أراد لو طلقها ثلاثاً متفرقات وهي حائض.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٠٤/٧، ونيل الأوطار ٢٦٠/٦، وشرح الأزهار لابن مفتاح ٤٥٤/٢.

(٢) رواه مسلم، انظر: شرح النووي ٦٦٨/٣.

(٣) رواه أحمد وأبو يعلى وصححه، انظر: نيل الأوطار ٢٦١/٦.

وأما حديث ركانة فقالوا فيه: إنه مضطرب لا يحتج به.

وكذلك قالوا في حديث إبراهيم بن عبدالله بأنه ضعيف لا يحتج به.

وقد رد الجمهور على أدلة الآخرين فقالوا: أن معنى حديث ابن عباس كان في أول الأمر إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، يحكم بوقوع طلقة واحدة لقلة إرادتهم الاستئناف، فحمل على الغالب وهو إرادة التأكيد، فلما كان في زمن عمر حمل على إرادة الاستئناف عملاً بالغالب لغلبة إرادة الاستئناف في زمنه دون التأكيد[1]. وأما حديث ركانة فقالوا فيه: إنه مضطرب فلا يحتج به، والذي يظهر لي: أن أدلة الطرفين لم تكن صريحة في دلالتها لأن كلاً منها يحتمل وجهاً آخر كما هو مبين في الردود السابقة، والأخذ برأي الجمهور أحوط، وهو وقوع الطلاق، فإن حكم حاكم بوقوعه طلقة واحدة وجب أن يصار إليه ولا يجوز نقضه.

وكذلك فيما لو صدر به قانون، كما هو الشأن في كثير من البلدان الإسلامية من جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة.

مراعاة لمصلحة الزوجين وتيسيراً لأمر الزواج، ولا سيما إذا حصل ندم بعد ذلك، فإنه يدل على أن صدور الثلاث بلفظ واحد كان فيه زجر وتهديد ناشيء عن غضب أو جهل بالعاقبة، والله تعالى أعلم.

وهناك قول ثالث: يقول أصحابه: أن من جمع الطلاق الثلاث لا يقع منه شيء، وهذا منقول عن الشيعة الإمامية وطائفة من أهل الكلام.

قال ابن تيمية: هذا القول لا يعرف عن أحد من السلف[2].

يعني أنه مخالف للإجماع.

---

(١) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ٦٦٩/٣، إضافة إلى ما ذكره الباجي في معنى الحديث.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٩١/٣٣، وفتح الباري ٣٦٢/٩، ونيل الأوطار ٢٦٠/٦.

وادعى هؤلاء: بأن القرآن يقتضي أن يستعمل الرجل ما يملكه من الطلاق على دفعات وليس دفعة واحدة، فإن استعمله دفعة واحدة كان ذلك مخالفاً للشرع.

وكذلك السنة النبوية، كما يفيد ذلك: حديث محمود بن لبيد قال: أخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم»[1].

وهذا القول مخالف للأدلة الدالة على وقوع الطلاق، فهو شاذ ومخالف لما أجمع عليه السلف، كما ذكر ذلك الفقهاء.

ب ــ حكم الطلاق المتتابع في مجلس واحد أو في مجالس ولم تتخلله رجعة.

الكلام السابق في حكم وقوع الطلاق المجموع بلفظ واحد، سواء كان مدخولاً بها أم لا، وأما إذا كان بألفاظ متتابعة كما لو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، فإن كان مدخولاً بها، وقصد باللفظ الثاني والثالث التأكيد فتقع واحدة، وإن لم يقصد بها التأكيد فتقع ثلاثاً.

وهذا بناء على القول: بأن الطلاق يتبع الطلاق وإن لم تتخلله رجعة وهو مذهب جمهور الفقهاء[2].

ومن قال: لا يتبعه ما لم تتخلله رجعة فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة، وإنما تكون طلقة واحدة، وقد أوضحت هذه المسألة في شروط إيقاع الطلاق، وإن كانت غير مدخول بها فلا يقع عليها إلا طلقة واحدة، لأنها تبين بالأولى، فلم تصادف الثانية ولا الثالثة محلاً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

لأن غير المدخول بها تبين بطلقة، لأنها لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائناً فلم يمكن وقوع الطلاق عليها، لأنها غير زوجة[3].

---

(١) قال ابن حجر: أخرجه النسائي ورجاله ثقات، انظر: فتح الباري ٣٦٢/٩.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٢٣٢/٧، ونيل الأوطار ٢٦٢/٦.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٢٣٠/٧.

ويرى المالكية: أنه إن قال ذلك مرتين وقعت تطليقتان، وإن قال ثلاثاً وقعت ثلاثاً إذا كان الكلام متصلاً، ونقل ذلك عن الأوزاعي والليث، لأن الكلام المتتابع المتصل يكون كالمجموع بلفظ واحد[1].

وهناك قول ثالث: إن كل الطلقات تكون لازمة ما دام أنها في مجلس واحد حتى ولو كانت منفصلة عن بعضها، وإن كان ذلك في مجالس لم يلزم إلا ما كان في المجلس الأول فقط[2].

ـ ولا يتجزأ الطلاق، فمن طلق أمرأته نصف طلقة أو ثلثها أو سدسها وقعت عليها طلقة كاملة.

وكذلك إذا طلق من المرأة جزءاً ثابتاً منها، كما لو قال: أنت طالق نصفك أو ربعك أو يدك أو رأسك أو رجلك فإنها تقع عليها طلقة، لأنه أضاف الطلاق إلى جزء من المرأة ثابت استباحه بعقد النكاح سواء أضاف الطلاق إلى جزء لا تبقى جملة الجسد بدونه مثل الرأس والوجه والرقبة والظهر، أم تبقى بدونه مثل اليد والرجل ونحو ذلك، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

وقال بعضهم: لا يقع الطلاق إلا إذا أضافه إلى جزء لا تبقى جملة الجسد بدونه[3].

والظاهر أن القول الأول أرجح، لأن جملة الجسد لا يتبعض في الحل والحرمة فيغلب الحكم فيها بالتحريم، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٤.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ١١/٤٧٤.

وفي مذهب جمهور الفقهاء: إذا قال: أنت طالق وطالق وطالق تقع عليها ثلاث ولو كانت غير مدخول بها، لأن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاً للثلاث جميعاً: كقوله أنت طالق ثلاثاً.

وقال بعض الفقهاء: أنها تقع بغير المدخول بها واحدة، لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر، كما لو فرقها، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٣٣.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٤٢، وشرح الأزهار لابن مفتاح ٢/٤٥٦.

ومن قال: شعرك أو ظفرك طالق وقع الطلاق في مذهب الشافعية والمالكية ولم يقع في مذهب الحنابلة وأصحاب الرأي. انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٤٩. ويمكن أن يعتبر باعتبار النية، والله أعلم.

ج ـ الوصف الشرعي لوقوع الطلقات الثلاث مجموعة:

ذكرت في المسألة السابقة: أن الطلقات الثلاث إذا جمعت بلفظ واحد وقعت ثلاثاً وكانت محرمة للزوجة على مطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وخالف في ذلك بعض الفقهاء فقالوا: لا تقع إلا واحدة.

وفي هذه المسألة نبين الوصف الشرعي لوقوع الثلاث مجموعة من حيث تحليل وقوعها أو تحريمه.

١ ـ يرى بعضهم: أن جمع الثلاث محرم، وأنه طلاق بدعة، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وهو قول في مذهب الحنابلة، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين[١].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[٢].

فإنها تدل على أن الطلاق يجب أن يكون مرة بعد مرة، لأنه يفهم من الآية أن فيها أمراً بتفريق الطلقتين، لأنه أمر بالرجعة عقب الطلاق، لقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف﴾.

واستدلوا بحديث محمود بن لبيد قال: أخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل أنه طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم»[٣].

واستدلوا بحديث ابن عمر، وفيه: قال يا رسول الله أرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً كان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا، كانت تبين منك وتكون معصية»[٤].

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٧٦/٣٣.
(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٩.
(٣) قال ابن حجر: أخرجه النسائي ورجاله ثقات، انظر: فتح الباري ٣٦٢/٩.
(٤) رواه الدارقطني وسنده ضعيف، انظر: نصب الراية ٢٦٠/٣، وسنن الدارقطني ٣١/٤.

ولأن ذلك ضرر بنفسه وزوجته من غير حاجة فيه فيدخل في المنهي عنه عموماً، وقال بعضهم: إنه ليس بمحرم، بل إنه يكون مطلقاً للسنة.

وهذا مذهب الشافعية والظاهرية، ونقل ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين، وهو قول في مذهب الحنابلة(١).

واستدلوا بحديث عويمر العجلاني، أنه طلق امرأته ثلاثاً(٢) فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فلو كان محرماً لأنكر عليه ذلك.

واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس: أن زوجها طلقها البتة(٣).

ولأن الطلاق حق للرجل، فإيقاع الثلاث تصرف خالص في حقه.

والظاهر: أن أدلة التحريم أوضح وأصرح، وأما حديث عويمر فلا حجة فيه، لأن فرقة زوجته كانت باللعان لا بطلاقه، وأما حديث فاطمة بنت قيس فإن طلاقها كان مفرقاً، فقد صح أن زوجها عمرو بن حفص أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت من طلاقها(٤).

ومعنى أنه طلقها البتة: يعني الطلقة الثالثة التي تنقطع بها العصمة والله تعالى أعلم.

نصوص قانون الأسرة اليمني في أحكام الطلاق:

بينت مادة ٥٧ تعريف الطلاق بأنه: قول مخصوص أو ما في معناه يفك الارتباط بين الزوجين.

---

(١) انظر: تكملة المجموع ٨٦/١٦، ومغني ابن قدامة ١٠٤/٧، والمحلى ٤٦٥/١١، وفي قول في مذهب الشافعية أن وقوع الطلاق الثلاث مجموعة لا سنة ولا بدعة.
(٢) رواه الجماعة إلا الترمذي، انظر: فتح الباري ٣٦١/٩، ونيل الأوطار ٢٥٦/٦.
(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ٤٧٧/٩، وشرح النووي لمسلم ٦٩١/٣.
(٤) جاءت هذه الرواية في صحيح مسلم، انظر: شرح النووي ٦٩٦/٣.

[illegible]

وانفرد القانون بالقول: بأن الطلاق لا يتبع الطلاق ما لم تتخلله رجعة قولية أو فعلية كما جاء ذلك في **المادة ٦٢** وهذا خلاف لمذهب جمهور الفقهاء وأخذ القانون بمذهب الهادوية في هذه المسألة.

وأما من حيث وقت وقوع الطلاق فقد نصت **المادة ٦٤** بأن الطلاق إذا لم يقيد بشرط أو وقت وقع فوراً، ونصت **المادة ٦٥** بأن الطلاق المشروط يترتب على شرطه نفياً أو إثباتاً.

ويفهم من هذه المادة بأن القانون أخذ بمذهب جمهور الفقهاء من أن الطلاق المعلق بالشرط يقع صريحاً فيه ويقع إذا حنث الحالف ولو لم ينو وقوعه.

وأما من حيث أثره فقد نصت **المادة ٦٦** بأن الطلاق يقع رجعياً إذا حصل بعد دخول حقيقي على غير عوض مال أو منفعة ولم يكن مكملاً للثلاث، فإذا انتهت العدة ولم تحصل مراجعة كان الطلاق بائناً بينونة صغرى، وإذا كان الطلاق مكملاً للثلاث كان بائناً بينونة كبرى، ونصت **المادة ٦٧** على أن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع زوجته خلال العدة، فإذا انقضت العدة دون مراجعة أصبح الطلاق بائناً بينونة صغرى.

وهذه الأحكام تتفق مع مذهب عامة الفقهاء ولا خلاف فيها فيما أعلم.

وبينت **المادة ٦٨** آثار الطلاق البائن فذكرت بأن الطلاق البائن يزيل الزوجية حالاً، فإن كان بائناً بينونة صغرى فإنه لا يمنع المطلق من الزواج بمطلقته بعقد ومهر جديدين خلال العدة أو بعدها، وإذا كان بائناً بينونة كبرى بأن كان مكملاً للثلاث حرمت على مطلقها ما لم تتزوج بآخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً وتعتد منه فيجوز للأول أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين.

وهذه الأحكام موافقة لمذهب عامة الفقهاء ولا خلاف في ذلك.

وبينت **المادة ٦٩** الحكم فيما إذا وقع خلاف بين الزوجين فذكرت أنه

إذا اتفق الزوجـان على وقوع الطلاق واختلفا على كونه رجعياً أم بائناً فالقول لمنكر البائن إلا أن يكون الزوج مقراً بأنه طلقها ثلاثاً فـالقول قـوله، وإذا قطعت المرأة بالتحريم وعجـزت عن تقديم الـبرهان واستمـرت في الامتناع اعتبرت ناشزة، وإذا اختلف الزوجان على وقوع الطلاق في وقت مضى فالقول لمنكر وقوعه، وأما في الحال أو في المستقبل فالقول للزوج مطلقاً في وقـوعه وإنكاره.

وإذا اختلفا على تقييد الطلاق بشرط أو وقت فالقول لمنكر تقييده، وإذا اختلفا على حصول الشرط فالقول لمنكر حصوله إن كان إثباتاً ولمدعي حصوله إن كان نفياً.

وإذا اختلفا على ماهية الشرط أو وصفه فالقول للزوج والقول لمنكـر المجاز دائماً، وبالاستقراء في مواد القانون يتضح منها أنه يأخذ بمذهب جمهور الفقهاء في الغالب، والله تعالى أعلم.

وبينت المادة ٨٥ الآثار المترتبة على الطلاق البائن سواء كان بائناً بينونة صغرى أم بائنـاً بينونة كبرى فجاء فيها:

١ ــ وجوب العدة.
٢ ــ عدم الرجعة.
٣ ــ عدم الإرث.
٤ ــ جواز الخروج دون إذن.
٥ ــ عدم وجوب السكن.
٦ ــ عدم وجوب النفقة.
٧ ــ جواز نكاح من يحرم الجمع بينها وبين المطلقة.

وقد أخذ القانون بمذهب الحنابلة ومن معهم من أن المعتدة من طلاق بائن لا نفقة لها ولا سكن، وأخذ بمذهب الشافعية من حيث أنه يجوز الزواج بأخت المطلقة ونحوها ممن يحرم الجمع بينهما ولـو لم تنته العـدة ما دام أن الطلاق وقع بائناً.

المبحث الخامس

في أحكام الرجعة

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: في معنى الرجعة وحكمها:

أ ـ معنى الرجعة: الرجعة بفتح الراء وكسرها والفتح أفصح، وهي لغة المرة من الرجوع، وشرعاً: إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد[1].

وعرفها بعض الفقهاء بتعريف آخر، فقال: هي رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص[2].

وذكر لها بعض الفقهاء تعريفات أخرى وكلها متقاربة في المعنى، فنكتفي بهذين التعريفين، لأنهما أشمل وأوضح.

ب ـ حكمها: أما حكمها شرعاً فإنها ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾[3] والمراد به الرجعة.

وقوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾[4] ومعناه: قاربن بلوغ أجلهن، أي انقضاء عدتهن.

وأما السنة: فما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم

---

(١) انظر: كشاف القناع ٥/٣٩٢.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٣٥.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٣١.

إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»[1].

وأما الإجماع: فإنه لم يخالف في ذلك أحد من العلماء، فقد أجمعوا على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث فله الرجعة عليها، وعلى أن العبد إذا طلق دون الاثنتين فله الرجعة[2].

والحكمة من مشروعية الرجعة: إتاحة الفرصة للرجل ليعود إلى صوابه ويهتدي إلى رشده لأنه قد تصيبه عجلة فيسرع إلى الطلاق من جراء غضب يصيبه فيندم بعد ذلك، فأعطاه الله الحق في الرجوع إلى زوجته المرة والمرتين ما لم تنته العدة.

المطلب الثاني: في شروط جواز الرجعة:

يشترط لصحة الرجعة الشروط الآتية:

١ ـ **أهلية المرتجع**: فيشترط أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير مرتد، كما يشترط ذلك في النكاح، لأن الرجعة كإنشاء النكاح فلا تصح في الردة والصبا والجنون ولا من مكره، كما لا يصح النكاح فيها[3].

٢ ـ **أن يكون الطلاق رجعياً**: فإن كانت الطلقة مكملة للثلاث فلا تصح رجعتها لا في العدة ولا بعد العدة لا بعقد ولا بغير عقد حتى تنكح زوجاً غير مطلقها، لأنها تكون بائنة بينونة كبرى.

وكذلك إذا طلقها قبل الدخول ولو طلقة واحدة فلا تصح رجعتها، لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها، والرجعة لا تصح إلا للمعتدة في عدتها. وكذلك المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى فلا تصح رجعتها ولو كانت في

---

(١) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٩/٣٤٥، وشرح النووي لمسلم ٣/٦٥٩.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٧٣.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٣٤، وحاشية الدسوقي ٢/٤١٥، وإذا طلق المجنون فللولي الرجعة في الأصح في مذهب الشافعية.

العدة، فلو طلقها على مال، أو كان الطلاق من قبل الحاكم فلا تصح رجعتها، لأنها تكون بائنة.

٣ ـ أن تكون الرجعة في العدة: فلو طلقها طلقة رجعية ثم تركها حتى انتهت عدتها فلا تصح الرجعة، لأن الله تعالى يقول: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾، أي في زمن التربص، وهو انتظار انتهاء العدة، فإذا انتهت عدتها فلا تصح رجعتها إلا بعقد جديد ومهر جديد إذا رضيت بذلك.

٤ ـ أن تكون الرجعة منجزة: فلا يصح تعليق الرجعة بأمر مستقبل، كما لو قال: راجعتك إن جاء غداً أو إن قدم أبوك من السفر، كما لا يجوز ذلك في النكاح[١].

ولو علق الرجعة بمشيئته أو بمشيئتها، كما لو قال: راجعتك إن شئتُ ـ بضم التاء ـ أو إن شئتِ ـ بكسرها ـ لم تصح الرجعة أيضاً، لأنه علقها على شرط.

ولو قال: راجعتك شهراً أو سنة لم تصح، لأنها مؤقتة كما لا يصح ذلك في النكاح[٢].

٥ ـ أن لا ينتقل أحد الزوجين إلى دين يمنع دوام النكاح: فلو أسلمت الكافرة واستمر زوجها في كفره وراجعها لم تصح الرجعة، لأنها لا تحل له، وكذلك إذا ارتدت زوجة المسلم فلا تصح الرجعة لأن مقصود الرجعة الحل، والردة تنافيه، وكذلك إذا ارتد الزوج أو ارتدا معاً لأن النكاح ينفسخ بذلك[٣].

٦ ـ أن يشهد على الرجعة: قال بعض الفقهاء: لا تصح الرجعة

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٢٨٥/٧، وحاشية الدسوقي ٤٢٠/٢.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٣٣٧/٣، وكشاف القناع ٣٩٥/٥.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٣٧/٣.

بدون شهود، وهذا مذهب الظاهرية وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة[1].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾[2] فإنه أمر، وهو يقتضي الوجوب.

ويرى جمهور الفقهاء: أن الشهادة على الرجعة ليست بواجبة لأنها لا تفتقر إلى قبول من الزوجة فلم تفتقر إلى شهادة، كسائر الحقوق الزوجية، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد، كالبيع، ولأن الرجعة كانت تحصل في عصر الصحابة، ولم ينقل عن واحد منهم أنهم كانوا يشهدون عليها، ولو كانت واجبة لنقل ذلك عنهم، وهذا يدل على عدم اشتراطها في الرجعة[3].

والخلاف الوارد هو في وجوب الشهادة.

- أما من حيث مشروعيتها فقد نقل الإجماع على أنها مشروعة.

إلا أن جمهور الفقهاء حملوا النص الوارد في مشروعيتها على الاستحباب فصرفوه عن الوجوب بما ذكروا من الأدلة العقلية، وينبغي على الزوج أن لا يترك الإشهاد على الرجعة أخذاً بالنص الوارد فيها، ولئلا يحصل خلاف مع الزوجة فتنكره بعد انقضاء العدة فلا يتمكن من إثباتها، وعليه أن يدفع الشك باليقين وليأخذ بالأحوط، وليأت بشاهدين فيقول لهما: اشهدا علي أني راجعت امرأتي إلى نكاحي، أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي، ونحو ذلك مما يؤدي إلى هذا المعنى.

المطلب الثالث: في كيفية الرجعة:

أ - اتفق الفقهاء على أن الرجعة تتم بالقول، كقول الزوج: راجعت

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٨٢، ومغني المحتاج ٣/٣٣٦، والمحلى ١١/٦١٣.

(٢) سورة الطلاق: آية ٢.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٨٣، وبداية المجتهد ٢/٨٥، وكشاف القناع ٥/٢٩٤، وتكملة المجموع ١٦/٢٦١، وحاشية الدسوقي ٢/٤٢٤.

امرأتي أو راجعتها، أو أمسكتها، فإذا قال ذلك بواسطة شاهدين تمت الرجعة سواء كانت حاضرة أم غائبة.

واختلفوا في ثبوت الرجعة بالفعل.

١ ـ فيرى بعضهم: أنها لا تحصل إلا بالقول فقط ولا تحصل بالفعل.

وهذا مذهب الشافعية والظاهرية وقول في مذهب الحنابلة(١).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾.

قالوا: إن الإمساك بالمعروف لا يكون إلا بالكلام.

ولأن الله سبحانه وتعالى أمر بالإشهاد على الرجعة، والإشهاد لا يكون إلا على الكلام، ولأنها استباحة بضع مقصود أمر بالإشهاد فيه فلم تحصل بغير القول، كالنكاح، وبناء على ذلك، فإنه يحرم وطؤها، وإن وطئها فلا يعد رجعة.

٢ ـ ويرى بعضهم: أن الرجعة تحصل بالوطء، سواء نوى به الرجعة أم لم ينو، وهذا مذهب الحنفية والظاهرية والهادوية ونقل ذلك عن طاووس والنخعي والحسن وغيرهم من فقهاء التابعين وهو قول في مذهب الحنابلة(٢).

بل إن الحنفية قالوا: تحصل أيضاً بمقدمات النكاح، كالتقبيل واللمس بشهوة أو النظر إلى الفرج ونحو ذلك.

وعللوا لذلك: بأن الرجعة: هي استدامة النكاح، لأن النكاح قائم من كل وجه، ولذلك يكون الوطء حلالاً.

وأما أصحاب القول الأول فإنهم يرون: أن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لذلك قالوا: يحرم وطئها، وهذا هو سبب الخلاف.

---

(١) انظر: المحلى ٦١٥/١١، ومغني ابن قدامة ٢٨٣/٧، وتكملة المجموع ٢٦٢/١٦.

(٢) انظر: فتح القدير ١٥٩/٤، وبدائع الصنائع ١٩٧٩/٤، والمحلى ٦١٢/١١، والبحر الزخار ٢٠٦/٤.

فالشافعية ومن معهم يرون: أن الحل قد انقطع بسبب الطلاق وأن الرجعة هي استحداث حل قد زال فلا تثبت إلا بالقول، كعقد الزواج.

٣ ـ وقال بعضهم: تحصل الرجعة بالفعل إذا كان مقترناً بنية الرجعة ولا تحصل بالنية وحدها ولا بالفعل وحده، فإن وطئها بدون نية الرجعة فلا يكون ذلك الفعل رجعة، لأنه خلا من النية.

وهذا مذهب المالكية، ونقل ذلك عن بعض فقهاء التابعين[١].

والظاهر: أنه لا يوجد دليل صريح على عدم اعتبار الرجعة بالفعل، وأن الحل لا يزول إلا بانتهاء العدة إلا إذا قلنا بأن الإشهاد واجب فإنه يلزم من ذلك أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول، لأن الإشهاد على الفعل بعيد عقلاً وعرفاً.

والأخذ بالقول الأول أسلم وأحوط، كما قلنا ذلك في الإشهاد، والله تعالى أعلم.

ب ـ هل تصح الرجعة بالكناية؟:

يرى بعض الفقهاء: أن الرجعة لا تصح بالقول المحتمل، وهو الكناية، وهذا مذهب المالكية وقول في مذهب الشافعية والحنابلة[٢].

فلا تصح الرجعة عندهم إلا باللفظ الصريح، قياساً على النكاح.

والألفاظ الصريحة مثل: راجعتك، أو أرجعتك، في حال خطابها، وراجعت امرأتي، في حال غيابها والأحسن أن يقول: راجعتك، أو راجعت امرأتي إلى نكاحي، وهذا صريح الرجعة باتفاق الفقهاء.

والأصح عندهم: أن لفظ الرد والإمساك صريح أيضاً، لأنه ورد في القرآن، قال تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾، وقال تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٤١٧، ومغني ابن قدامة ٧/٢٨٣.

(٢) وهو المعتمد عند الحنابلة، انظر: حاشية الدسوقي ٢/٤١٧، وكشاف القناع ٥/٣١٣.

ويرى بعض الفقهاء: أن الرجعة تصح بالكناية، مثل: أنت عندي كما كنت أو أنت امرأتي، فلا يصير مراجعاً بهذا اللفظ إلا بالنية.

وهذا مذهب الحنفية، وهو قول في مذهب الشافعية والحنفية[1].

والأصح عند الفقهاء: أن لفظ التزويج والإنكاح كناية في الرجعة وليسا بصريحين فيها.

وعلى ذلك فلا تصح الرجعة بهما عند من قال: بأن الرجعة تصح بالكناية، وعللوا لقولهم بأنهما كناية: بأنهما لم يشتهرا في الرجعة، ولأن ما كان صريحاً في بابه لا يكون صريحاً في غيره، كالطلاق والظهار[2].

المطلب الرابع: في أحكام تتعلق بالرجعة:

هناك أحكام تتعلق بالرجعة، بعضها ثابتة باتفاق الفقهاء، وفي بعضها خلاف، وبعضها قد تعرضنا له في شروط الرجعة، ومن هذه الأحكام ما يأتي:

١ ــ الطلاق الرجعي لا يؤثر على الحقوق الزوجية الثابتة بعقد الزواج ما دامت العدة باقية في الجملة، فتجب للرجعية النفقة والسكنى ويتوارثان، فيرث كل منهما الآخر إن مات، ولا خلاف في ذلك فيما أعلم.

٢ ــ المطلقة الرجعية حلال لمطلقها، فله أن يستمتع بها الاستمتاع الكامل، كما كان يستمتع بها قبل الطلاق، ويعتبر ذلك رجعة، لأن الزوجية قائمة بينهما فلم تنقطع العصمة بالطلقة أو الطلقتين وهذا مذهب الحنفية وجماعة من فقهاء الحنابلة وغيرهم.

وهذا مبني على صحة الرجعة بالفعل، لذلك قالوا: لها أن تتزين وتتجمل له.

---

(١) انظر: فتح القدير ١٥٩/٤، ومغني المحتاج ٣٣٦/٣، ومغني ابن قدامة ٢٨٤/٧.
(٢) انظر: المصادر السابقة، وتكملة المجموع ٢٦٨/١٦.

وأما الذين قالوا: أن الرجعة لا تصح بالفعل فإن الاستمتاع بالرجعية عندهم محرم فلا يصح وطؤها ولا الاختلاء بها ولا النظر إليها، لأنها مفارقة، كالمطلقة طلاقاً بائناً، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق، لأنه ضده، وهذا مذهب المالكية والشافعية[1].

وبناء على هذا المذهب فإنه إذا وطئها فلا حد عليه، لأنه شبهة لوجود الخلاف في ذلك، ولو كان عالماً بالتحريم، ولا يعزر أيضاً إلا إذا كان عالماً بالتحريم واعتقده، فإنه يعزر، لإقدامه على معصية.

ويجب عليه مهر المثل بالوطء، سواء راجع أم لم يراجع، لأنه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن.

قال ابن قدامة رداً على ذلك: إن البائن ليست زوجة له وهذه ـ يعني الرجعية ـ زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد[2].

٣ ـ يلحق المطلقة الرجعية طلاق، ويصح منها الإيلاء والظهار واللعان ما دامت في العدة، ولا خلاف في ذلك عند عامة فقهاء الأمصار[3].

إلا جماعة من فقهاء الزيدية فإنهم قالوا: إن الطلاق لا يلحق الرجعية ما لم تتخلله رجعة، وقد بينت ذلك بالتفصيل وذكرت أدلتهم وأدلة الجمهور في شروط إيقاع الطلاق على المطلقة فليرجع إليه هناك[4].

٤ ـ الطلاق الرجعي ينقص من عدد الطلقات، فمن طلق زوجته واحدة بقيت له طلقتان، وإن طلقها اثنتين بقيت طلقة واحدة، ومن استوفى

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٤٠، وحاشية الدسوقي ٢/٤٢٢.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٧٩، وانظر أيضاً: البحر الزخار ٤/٢٠٧.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٤٠، وكشاف القناع ٥/٣٩٤، وفتح القدير ٤/١٧٤، والمحلى ١١/٦١٢.

(٤) ويلحق المطلقة الرجعية الخلع أيضاً عند جمهور الفقهاء ونقل عن الشافعي أنه لا يلحقها لأنه يراد للتحريم، وهي محرمة، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٧٩.

الطلاق الذي يملكه وهي الثلاث الطلقات فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، بخلاف الفرقة بالفسخ فإنها لا تنقص من عدد الطلاق.

٥ ـ يصح السفر بالمطلقة الرجعية، لأن حكمها حكم الزوجة في كل شيء فتباح الخلوة بها، كما تباح له قبل الطلاق.

وهذا بناء على صحة الرجعة بالفعل، وإنه يجوز الاستمتاع بالرجعية.

إلا أن بعض الذين قالوا بذلك قالوا بعدم جواز السفر بها وهم الحنفية[١]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾[٢].

قالوا: إنها نزلت في الطلاق الرجعي، بدليل قوله تعالى: ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾[٢].

والظاهر أنه يجوز السفر بها مطلقاً ما دام أن حكمها حكم الزوجة، والمراد بالنهي عن إخراجهن: هو الأمر بإسكانهن، يعني يجب إسكان المطلقة كما لو لم تكن مطلقة ما دامت في العدة، والله تعالى أعلم.

٦ ـ يستحب إعلام الزوجة بالرجعة، لأنه لو لم يعلمها بالرجعة قد تتزوج برجل آخر بعد انقضاء عدتها لعدم علمها بالرجعة، فإذا راجعها في العدة وأشهد على إرجاعها ولم يعلمها إلا بعد انتهاء العدة تكون الرجعة صحيحة، ولا يلزمه إعلامها بها سواء كان حاضراً أم غائباً. وهذا مذهب عامة الفقهاء[٣].

لعموم الأدلة على صحة الرجعة مطلقاً، وليس هناك مانع يمنع من ذلك، لأنه لا يشترط رضاها بالرجعة بإجماع العلماء، وبناء على ذلك فلا يشترط إعلامها بها، ويرى الظاهرية: أن إعلامها بالرجعة شرط لصحتها.

---

(١) انظر: فتح القدير ١٧٤/٤، وخالف في ذلك زفر منهم فقال بقول الجمهور.

(٢) سورة الطلاق: آية ١.

(٣) انظر: فتح القدير ١٦٣/٤، وبدائع الصنائع ١٩٧٥/٤، وتكملة المجموع ٤٧٥/١٦، ومغني ابن قدامة ٢٩٤/٧، وبداية المجتهد ٨٦/٢.

قال ابن حزم الظاهري: إن راجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها ـ غائباً كان أم حاضراً ـ، وقد طلقها وأعلمها وأشهد فقد بانت منه ولا رجعة له عليها إلا برضاها بابتداء النكاح، سواء تزوجت أم لم تتزوج دخل بها الثاني أم لم يدخل، فإن أتاها الخبر وهي في العدة فهي رجعة صحيحة[1].

واستدل بعموم قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾[2].

فقال: إن المعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة، فإن لم يعلمها لم يمسك بمعروف ولكن بمنكر، واستدل أيضاً بعموم أدلة أخرى ليست صريحة في الاستدلال، بل بعيدة كل البعد من الدلالة على ما يريده هو، ولذلك كان قوله شاذاً، والله تعالى أعلم[3].

وبناء على مذهب جمهور الفقهاء، بل هو مذهب عامة الفقهاء، لأن الخلاف في ذلك يعتبر شاذاً فإنه إذا راجعها في عدتها بدون علمها ثم انقضت عدتها وتزوجت وهي لا تعلم بالرجعة، فإذا أقام البينة على مراجعتها قبل انتهاء العدة فهي زوجته وكان نكاح الثاني فاسداً، سواء دخل بها الثاني أم لم يدخل بها.

فإن دخل بها الثاني فلها مهر المثل، لأنه وطء شبهة، وتعتد، ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

وقال بعض الفقهاء: إن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول لأن كل واحد منها عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر، ومع الثاني

---

(١) انظر: المحلى ١١/٦١٦.
(٢) سورة الطلاق: آية ٢.
(٣) وأخذ قانون الأسرة اليمني بمذهب الظاهرية وكذلك أيضاً في وجوب الإشهاد.
(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٩٤، وتكملة المجموع ١٦/٢٧٤.

مزية الدخول فهو أحق بها، وهذا مذهب المالكية، وهو رواية عن الإمام أحمد ونقل ذلك عن عمر بن الخطاب[1].

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن الرجعة كانت صحيحة وعندما تزوجها الثاني كانت زوجة للأول ونكاح المزوجة فاسد، فيكون هذا النكاح فاسداً كما لو لم يقع عليها طلاق، والله تعالى أعلم.

هذا إذا كانت لا تعلم بالرجعة، أما إذا علمت بالرجعة، أو علم هو بها فالنكاح باطل بالإجماع، ويكون العالم منهما حكمه حكم الزاني من حيث إقامة الحد عليه وغير ذلك[2].

٧ ـ يملك الزوج الرجعة على مطلقته الرجعية من غير رضاها ولا رضا أهلها ما دامت في العدة، لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾. وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء فيما أعلم.

٨ ـ تنقضي عدة المطلقة التي تعتد بالإقراء بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وإن لم تغتسل، وحينئذ فلا تصح رجعتها[3].

ـ وقال بعض الفقهاء: لا تنقضي إلا إذا اغتسلت[4].

وقال بعضهم: تنقضي بانقطاع الدم إذا انقطع لعشرة أيام وهو أكثر الحيض عندهم، وإن انقطع لدون عشرة أيام فلا تنقضي إلا بالغسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل[5].

---

(١) انظر: المصادر السابقة وحاشية الدسوقي ٤٢٢/٢.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٢٩٥/٧.
(٣) وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة، انظر: مغني ابن قدامة ٤٥٦/٧، والبحر الزخار ٢٠٨/٤.
(٤) قال ابن قدامة: وهذا قول كثير من أصحابنا، ونقل ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين، انظر: مغني ابن قدامة ٢٨٠/٧.
(٥) وهذا مذهب الحنفية، انظر: فتح القدير ١٦٦/٤، والظاهر: أن القول الأول هو أحوط وقد بينت ذلك في العدة وذكرت الأدلة على ذلك.

هذا بناء على القول بأن القرء هو الحيض.

وأما من قال: بأنه الطهر فتنقضي العدة بالدخول في الحيض بعد الطهر الثالث، وقد بينت آراء الفقهاء في ذلك وأدلتهم بالتفصيل في أنواع العدة.

٩ ـ إذا ادعى الزوج أنه راجعها فأنكرت، فإن كان قبل انقضاء عدّتها فالقول قوله، لأنه يملك الرجعة عليها، فملك الإقرار بها، وإذا ادعى ذلك بعد انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها، لأنه ادعاها في زمن لا يملكها، والأصل عدمها[1].

أحكام الرجعة في قانون الأسرة اليمني:

نصت **المادة ٧٣** بأن الرجعة تتم بالقول ولو هازلاً أو بالفعل غير مشروط بوقت أو بغيره، وتصح بغير رضا الزوجة أو أوليائها.

وقد أخذ القانون بمذهب الحنفية في كيفية الرجعة من أنها تصح بالفعل ورجح هذا القول غيرهم من الفقهاء، وقد أخذ القانون بمذهب الظاهرية في اشتراط الأشهاد على الرجعة وإعلام الزوجة بها إذا كانت بالقول فنصت **المادة ٧٤** على أنه إذا كانت الرجعة بالقول فيجب على الزوج الإشهاد عليها وإعلام الزوجة بها، فإن كانت صغيرة، أو مجنونة فإعلام وليها.

وبينت **المادة ٧٥** حكم اختلاف الزوجين في الرجعة فقالت: إذا اختلف الرجل والمرأة بعد انقضاء العدة على حصول الرجعة فالقول لمنكرها.

ونصت **المادة ٧٦** على أنه إذا ادعت المرأة أن عدتها قد انقضت ولا منازع لها في ذلك صدقت بيمينها ما لم يغلب الظن على كذبها.

ونصت **المادة ٨٤** بأن المعتدة من طلاق رجعي لها ثمانية أحكام:

١ ـ الرجعة.

٢ ـ التوارث.

٣ ـ عدم جواز الخروج إلا بإذن الزوج.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢٨٩، وتكملة المجموع ١٦/٢٧١.

٤ ـ وجوب السكن.
٥ ـ وجوب النفقة.
٦ ـ تحريم من يحرم الجمع بينهما وبين المطلقة.
٧ ـ تحريم الزواج بخامسة.
٨ ـ استئناف العدة لو مات أو راجع ثم طلق.

ومن هذه الأحكام يتضح بأن المطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة الحقيقية من حيث الحقوق والواجبات.

المبحث السادس

في التفريق بسبب الإيلاء

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: في تعريف الإيلاء:

الإيلاء في اللغة: الحلف، يقال: آلى يؤلي إيلاء: حلف. وتألى واتلى مثله، ومنه قوله تعالى: ﴿ولا يأتل أولوا الفضل منكم﴾[1].

وفي الشرع: الحلف على ترك وطء المرأة[2].

قال العلماء: كان الإيلاء طلاقاً في الجاهلية فغير الشرع حكمه وخصه بالحلف على الامتناع من وطء الزوجة جاء ذلك في كتاب الله العزيز قوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾[3].

---

(١) انظر: مختار الصحاح ص ٣٤، وفتح القدير ١٨٩/٤، والآية في سورة النور ٢٢.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٢٩٨/٧.
(٣) سورة البقرة: الآيتان ٢٢٦ و٢٢٧، وانظر: مغني المحتاج ٣٤٣/٣، وبدائع الصنائع ١٩٥٣/٤.

المطلب الثاني: في شروط الإيلاء:

وهي خمسة شروط:

الشرط الأول: أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته.

اتفق الفقهاء على أن الحلف بذلك إيلاء، كأن يقول، والله، أو وتالله وبالله، أو وعزة الله وقدرته ونحو ذلك، فهذه أمور تنعقد بها اليمين وتجب فيها الكفارة إذا حنث الحالف[1].

وأما الحلف بغير الله، كما لو حلف بمخلوق من مخلوقات الله فلا تنعقد به يمين ولا تجب فيه كفارة، ومن حلف بذلك فهو آثم ويجب عليه أن يتوب، لحديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ أدرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب يحلف بأبيه، فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»[2].

واختلفوا فيمن حلف على ترك الوطء بطلاق أو عتاق أو ألزم نفسه بصدقة أو حج، كأن يقول لامرأته: إن وطأتك فعبدي حر أو فعلي الحج أو علي صيام شهر أو عليه الطلاق ونحو ذلك.

يرى جمهور الفقهاء: أنه مول فإن لم يفيء بما ألزم نفسه به كفر كفارة يمين لأن ذلك يمين منعت جماعها فكانت كالحلف بالله.

وقال بعض الفقهاء: لا يكون إيلاءً إلا الحلف بالله فقط، لأن الإيلاء قسم والتعليق بالشرط ليس بقسم، وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة وقول الشافعي القديم[3].

والظاهر: أنه يكون مولياً، لأن الإيلاء هو الحلف، لأن فيه معنى

---

(١) انظر: المصادر السابقة، وبدائع الصنائع ٤/ ١٩٣١، ونهاية المحتاج ٦٥/٧.
(٢) انظر: رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ١١/ ٥٣٠.
(٣) انظر: المصادر السابقة وبداية المجتهد ١٠١/٢.

القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه، بخلاف الحلف بالرسول والكعبة ونحو ذلك مما يكون فيه إثم فليس بإيلاء، والله تعالى أعلم.

وإذا ترك الرجل وطء امرأته بغير يمين فلا يكون مولياً، فإن تركه لعذر كمرض أو غيبة فلا يكون مولياً ولا تضرب له مدة، وهذا لا خلاف فيه أعلمه عند الفقهاء.

واختلفوا فيما إذا ترك وطأها لقصد الإضرار بها.

فيرى بعض الفقهاء: أنه يكون مولياً وتضرب له مدة أربعة أشهر، فإن وطأها وإلا دعي بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق، كما يفعل في الإيلاء، لأنه أضر بها بترك الوطء فيلزمه حكم الإيلاء كما لو حلف.

وهذا مذهب المالكية وهو المشهور في مذهب الحنابلة ونقل ذلك عن بعض الصحابة[1].

وقال بعضهم: لا تضرب له مدة الإيلاء ولا يلزمه حكمه، لأنه ليس بمول، لأن تعليق الحكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه.

وهذا مذهب الشافعية والحنفية[2].

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، نظراً إلى المعنى المترتب من ترك الوطء وهو الإضرار فإنه حاصل سواء تركه بيمين أم بغير يمين، لأن وجوبه في الإيلاء كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها والضرر لا يختلف بالإيلاء وعدمه.

ـ **الشرط الثاني**: أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا مذهب جمهور الفقهاء[3].

فإن حلف على أربعة أشهر أو ما دونها لم يكن مولياً، لأن الله سبحانه

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٢٣٦/٧، وبداية المجتهد ١٠١/٢.
(٢) انظر: المصدرين السابقين.
(٣) انظر: كشاف القناع ١٩٦٢/٤، وحاشية الدسوقي ٤٢٨/٢، والمهذب ١٠٧/٢.

وتعالى جعل له تربص أربعة أشهر وتكون المطالبة فيها بعدها فإذا قدرت بأربعة أشهر فما دون فإن المدة تنقضي قبل وقت المطالبة فلا يكون ذلك إيلاءً، لأن المطالبة لم تصح في الأربعة الأشهر فما دون.

وقال بعض الفقهاء: إذا حلف على أربعة أشهر فأكثر يكون مولياً، وهذا مذهب الحنفية ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين[1].

وهذا بناء على مذهبهم: بأن الفيئة تكون في الأربعة الأشهر فإن مضت الأربعة الأشهر ولم يفيء فيها ـ يطأ ـ زوجته ـ وكان قادراً على الفيء وقع طلاق بائن عند مضي العدة.

وقال بعض الفقهاء: إن مدة الإيلاء غير مقدرة فيستوي فيها القليل والكثير حتى لو حلف ساعة لا يقربها كان مولياً.

ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين.

واستدلوا بحديث أنس: أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم آلى من نسائه شهراً[2].

ونقل عن ابن عباس: أن المولي من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقاً لأنه إذا حلف على ما دون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث[3].

والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، وأن الإيلاء لا يصح إلا في مدة تزيد على أربعة أشهر، لأن المفهوم من قوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾، يدل على ذلك، ولأن الضرر بالمرأة لا يتحقق فيها دون أربعة أشهر.

واستدل الجمهور أيضاً بقصة رويت عن عمر بن الخطاب وهو أنه كان

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٦٢، وفتح القدير ٤/١٩٠.
(٢) رواه البخاري، انظر: فتح الباري ٥/١١٦، في كتاب المظالم.
(٣) انظر: المصادر السابقة، ونيل الأوطار ٦/٢٨.

يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول شعراً:

ألا طال هذا الليل وأزور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه[1]

فسأل عمر رضي الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر، فكتب إلى أمراء الأجناد ألا تحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر[2].

ويصح الإيلاء سواء كان في حال الرضا أو الغضب وأراد به الإصلاح أو الإضرار[3].

وإن علق الإيلاء بأمر لا يمكن وجوده إلا بعد أربعة أشهر أو يستحيل وجوده فهو مول، أو حلف أن لا يطأها أبداً فهو مول أيضاً.

وكذلك إذا حلف أن لا يطأها مطلقاً فهو مول، لأنه يحتمل التأبيد[4].

الشرط الثالث: أن يحلف على ترك الوطء في الفرج.

فإن حلف أن لا يطأها دون الفرج لم يكن مولياً، لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه[5].

---

(١) معنى: «أزور جانبه»، بعد صباحه، ومعنى زعزع، تحرك.

(٢) انظر: القصة في المهذب ١٠٧/٢، ومغني ابن قدامة ٣٠١/٧، قال ابن حجر: لم أقف عليه مفصلاً هكذا، وذكر أن البيهقي رواها بألفاظ مخالفة منها: أن عمر قال لحفصة: كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت: ستة أشهر أو أربعة أشهر، انظر: تلخيص الحبير ٢٢٠/٣.

(٣) انظر: نيل الأوطار ٢٨٨/٦، وبدائع الصنائع ١٩٥٤/٤، ومغني ابن قدامة ٣١٤/٧.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٣٠١/٧ و٣٠٦، والمهذب ١٠٨/٢.

(٥) انظر: مغني ابن قدامة ٣١١/٧.

الشرط الرابع: أن يكون المحلوف عليه زوجة.

فلا يصح الإيلاء من غير الزوجة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾.

ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه، كالأمة، وكذلك لو حلف على ترك وطء أجنبية ثم تزوجها لم يكن مولياً.

وفي مذهب المالكية أنه يكون مولياً، كما لو حلف في الزوجة، لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه ما لو حلف بعد تزوجها[1].

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح فيما يبدو، لأن الأجنبية ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق.

وإن آلى من المطلقة الرجعية صح إيلاؤه، لأن حكمها حكم الزوجة فيصح الإيلاء منها، كما يلحقها الطلاق[2].

الشرط الخامس: أن يكون المولي مكلفاً، فلا يصح الإيلاء من الصبي والمجنون ونحوه ممن لا يصح طلاقه[3].

المطلب الثالث: في أحكام ومسائل مختلفة من الإيلاء:

وفيما يلي بيانها بإيجاز:

١ ـ إذا حلف الرجل ألا يطأ زوجته ثم فاء قبل انتهاء المدة التي جعلها الله له فقد أحسن حيث عاد إلى ما حرم على نفسه من الجماع ووجبت عليه الكفارة، لحديث عبدالرحمن بن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير»[4].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٤٢٧.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٣١٣، وحاشية الدسوقي ٢/٤٢٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٥١، وحاشية الدسوقي ٢/٤٢٧.

(٤) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ١١/٦٠٨.

وبذلك يخرج من الإيلاء، وهو خير من الاستمرار في اليمين وعدم الفيئة(1).

٢ ـ وإذا مضت الأربعة الأشهر ولم يفيء فيهن كان للمرأة الحق أن ترفع أمرها إلى الحاكم فيأمره بالفيئة، فإن أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء(2).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤا فإن الله غفور رحيم﴾، فإنه ذكر الفيئة بعد التربص بالفاء المقتضية للتعقيب، ثم قال بعد ذلك: ﴿فإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾، فإنه يدل على أن الطلاق لم يقع بمضي المدة، لأنه لو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه، وقوله أيضاً: ﴿فإن الله سميع عليم﴾، يقتضي أن الطلاق مسموع والمسموع لا يكون إلا كلاماً.

وإيقاف المولى بعد الأربعة الأشهر مروي عن كبار الصحابة، منهم ابن عمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وعائشة وغيرهم.

وصح عن ابن عمر أنه كان يقول: أيما رجل آلى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر أوقف حتى يطلق أو يفيء ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف(3).

وقال بعض الفقهاء: أنه لا يوقف بعد الأربعة الأشهر وإنما يقع طلاق بائن بمجرد انتهائها.

وهذا مذهب الحنفية، ونقل ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٢١٩، والمهذب ٢/١٠٩، وبداية المجتهد ٢/١٠٠.

(٢) انظر: المصادر السابقة والتاج المذهب ٢/٢٥٦، وحاشية الدسوقي ٢/٤٢٨.

(٣) قال الألباني: أخرجه الشافعي والبخاري والبيهقي، ثم ذكر آثاراً عن الصحابة معلقة ومسندة وبين بأنها صحيحة، انظر: إرواء الغليل ٧/١٦٩، وما بعدها.

وحجتهم: أن الله سبحانه وتعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر، والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق من يوم أو ساعة فلا تجوز الزيادة إلا بدليل.

وقالوا: إن الفيء لا يجوز إلا قبل مضي المدة بدليل قراءة ابن مسعود وأُبي بن كعب «فإن فاؤا فيهن»، فإذا انتهت المدة فلا يجوز الفيء بعدها، لأن ذلك نقض لليمين بعد توكيدها فيلزم القول بالفيء في المدة وبوقوع الطلاق بعد مضيها[1].

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح فيما يبدو، لأن ظاهر نص القرآن يؤيده.

٣ ـ وابتداء المدة من وقت اليمين، لأنها ثبتت بالنص ولا تحتاج إلى حكم حاكم[2].

٤ ـ وإذا انقضت المدة لم يسقط حقها في المطالبة فلها المطالبة متى شاءت، كسائر الحقوق الواجبة عليه.

٥ ـ وإذا طالبته بعد انقضاء المدة فطلب الإمهال لم يمهل إن لم يكن معذوراً فإن كان معذوراً، بمرض، أو غيبة أو جنون أو حبس بحق أمهل إلى حال قدرته، ويطلب منه أن يفيء بلسانه، فيقول مثلاً: لست أقدر على الوطء الآن فإذا قدرت فعلت[3].

٦ ـ وإذا أوقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فامتنع منها أمره الحاكم بالطلاق، لأن الله تعالى يقول: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[4].

فإن امتنع عن الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٦٣/٤ و ١٩٦٤، ومغني ابن قدامة ٣١٩/٧.

(٢) انظر: المهذب ١٠٩/٢.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٣٢٧/٧، ونهاية المحتاج ٧٤/٧.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

٧ ـ فإذا طلق يكون طلاقه رجعياً وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة، فإذا امتنع عن الطلاق طلق عليه الحاكم، لأن كل أمر تدخله النيابة امتنع عنه من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه، كقضاء الدين، وهذا قول أكثر الفقهاء. وقال بعضهم: لا يطلق عليه وإنما يحبسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق. وهو قول قديم للشافعي ورواية عن الإمام أحمد(١).

٨ ـ والطلاق الواجب على المولي رجعي، سواء أوقعه بنفسه أو طلق عليه الحاكم، لأنه طلاق مدخول بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً، كالطلاق في غير الإيلاء، وهذا قول أكثر الفقهاء.

وقال بعضهم: يكون طلاق بائناً، لأن فرقة الحاكم تكون بائنة(٢).

وقد تقدم مذهب الحنفية، وهو أنه يقع الطلاق بانقضاء المدة بائناً.

والقول بأنه يقع رجعياً هو الراجح فيما يبدو، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً ما لم يرد نص على وقوعه بائناً، والله تعالى أعلم.

٩ ـ ويملك الحاكم أن يطلق عليه طلقة واحدة فلا تقع الزيادة عليها في مذهب الشافعية(٣).

ويرى الحنابلة: أنه يملك ما يملكه المولي وهي الثلاث، لأنه يقوم مقامه(٤).

١٠ ـ وإذا آل الرجل من امرأته مدة كيوم أو شهر أو أكثر وكانت المدة معينة فإن رجع عن يمينه ووطئها فيها لزمته كفارة يمين، وإن لم يجامعها إلا بعد مضي المدة انحل إيلاؤه ولا كفارة عليه لأنه لم يحنث.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٣٣١/٧، والمهذب ١١١/٢، ومغني المحتاج ٣٥١/٣، وبداية المجتهد ١٠٢/٢.

(٢) وقال به أبو ثور وهو رواية عن الإمام أحمد، انظر: المهذب ١١١/٢، ومغني ابن قدامة ٣٣١/٧، وبداية المجتهد ١٠٢/٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٥٠/٣، ونهاية المحتاج ٧٥/٧.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٣٣٢/٧.

وإن حلف ألا يطأها أبداً أو أطلق ولم يعين مدة لزمته الكفارة، لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾[1].

نصوص القانون اليمني - الأحوال الشخصية - في الإيلاء وأحكامه:

نصت المادة ٩٨ على أن الإيلاء يمين يصدر من الزوج بأن لا يطأ زوجته ويكون صريحاً أو كناية ومطلقاً ومؤقتاً.

فقد أخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء من حيث كون الإيلاء لا يصح من غير الزوجة.

وهو أيضاً ما تفيده المادة ٩٩ جاء فيها: أنه يشترط في الإيلاء أن يصدر اليمين من زوج مكلف مختار غير أخرس بلفظ صريح أو ما يفيده لزوجته بعدم وطئها.

والصريح ما كان بألفاظ تطلق في العرف على الوطء، مثل: لا وطأتك ولا جامعتك ولا أصبتك، ولا باشرتك، وقد ورد القرآن ببعضها، قال تعالى: ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن﴾[2].

وقال تعالى: ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾[3].

وأما الكناية فلا تكون إيلاء إلا بالنية مثل: والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء، لتطولن غيبتي عنك، لا مس جلدي جلدك[4].

---

(١) سورة المائدة: آية ٨٩، وانظر: مغني ابن قدامة ٣١٩/٧ و٣٢٤، والمهذب ١١٠/٢، وهناك خلاف في بعض المسائل اكتفيت بذكر الراجح فيها وتفريعات للفقهاء لم أتعرض لها فلتراجع في محلها والله تعالى أعلم.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٢.

(٣) سورة البقرة: آية ١٨٧.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٣١٦/٧.

وذكر القانون: أن لفظ القربان من الكناية، فقال في المادة ١٠١: يكون الإيلاء صريحاً بأن يحلف الرجل بأن لا يجامع زوجته في قبلها، ويكون كناية كأن يحلف أن لا يقرب منها أو بأن لا يجمع رأسيهما وسادة.

ونصت المادة ١٠٠ على أنه إذا آلى الرجل من زوجته ثم عطف على أخرى فلا يقع الإيلاء على الأخرى بالعطف ويقع في حق الأولى.

وبنحو هذه المادة قال صاحب المهذب: وإن كانت له امرأتان فقال لإحداهما والله لا أصبتك ثم قال للأخرى أشركتك معها لم يصر مولياً من الثانية[1].

ونصت المادة ١٠٢ على أنه يلزم المولي من زوجته الرجوع إلى ما كان عليه فإن رجع فعليه كفارة الحنث.

ويلزم الرجوع من هو قادر على الوطء وجاء تقييد ذلك في المادة ١٠٤.

وأخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء من حيث كون الطلاق لا يقع بمجرد مضي المدة وإنما يوقف بعد الأربعة الأشهر.

وأخذ بقول بعض الفقهاء في عدم تطليق الحاكم عنه إذا امتنع عن الطلاق، وإنما يحبسه حتى يرجع أو يطلق كما جاء ذلك في المادة ١٠٣.

---

(١) انظر: المهذب ١٠٩/٢، وعلل لذلك: بأن اليمين بالله عز وجل ولا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم يصح بها اليمين بالله عز وجل.

الفصل الثاني

في أسباب الفرقة

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التفريق الذي يقع بالقضاء

وفيه مطلبان

المطلب الأول: في بيان أسباب الفرقة:

تقدم في المبحث الثاني من الفصل الأول: بأن الذي يملك إيقاع الطلاق هو الزوج فقط، ولا ينتقل هذا الحق إلى غيره، إلا بالإنابة منه كالتوكيل والتفويض ونحو ذلك.

وقد توجد هناك أسباب تجعل الفرقة بين الرجل وزوجته بيد القاضي وذلك عندما يقع ضرر بالمرأة بسبب غياب زوجها، أو لسوء معاملته، ونحو ذلك فترفع قضيتها للحاكم فإذا كان الضرر لا يرتفع إلا بالفرقة حكم على زوجها بفراقها.

فإن حصل التفريق من جهة الزوج وإلا فرق الحاكم بينهما، ويكون ذلك لعدة أسباب[1].

---

(١) جعل الشرع الإسلامي الطلاق بيد الحاكم عندما يتعذر الطلاق من الزوج لفقده أو لغيابه أو لامتناعه عن الطلاق بالإنابة إن كان غائباً، أو بمباشرته بنفسه إن كان حاضراً فعند ذلك يتدخل الحاكم ويطلق عنه ويكون طلاقه نافذاً، لأسباب مبينة ومعلومة من قبل الشرع. =

١ ـ الفرقة بسبب العيب:

إذا تم عقد الزواج مستوفياً شروطه وأركانه، ثم ظهر في أحد الزوجين عيب من العيوب، سواء كان ذلك العيب من العيوب التناسلية كالعنة أو الجب في الرجل، أو الرتق أو القرن في المرأة أو غير ذلك مما ينفر أحدهما عن الآخر، أم كان من غير التناسلية، كالجنون والجذام والبرص[1] فإن لكل واحد من الزوجين الحق في طلب الفرقة إذا لم يرض بذلك العيب، ويفرق القاضي بينهما.

وتكون هذه الفرقة بائنة، لأن المقصود من التفريق هو دفع الضرر، ولا يحصل إلا بالبينونة، بخلاف إذا كانت رجعية فإن الزوج يستطيع أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون رضاها وبدون عقد ومهر، وإذا صح ذلك فإن الضرر الذي كانت الفرقة بسببه لم يرتفع، وكون الفرقة بائنة لا خلاف في ذلك فيما أعلم.

وإنما اختلفوا في نوعها، هل هي فسخ أم طلاق بائن؟.

= وهناك بعض المشرعين في بعض البلاد الإسلامية ابتدعوا حكماً غير موافق لشرع الله فرأوا: أن الطلاق لا ينفذ من قبل الزوج إلا بموافقة القاضي، فإذا كانت الأسباب التي طلق الزوج لأجلها مقبولة عند القاضي نفذ وإلا كان الطلاق غير واقع، قالوا: إن ذلك ضمان لاستقرار الأسرة وحماية لحق المرأة فجعلوا طلاق الرجل الكامل الأهلية غير نافذ كطلاق المجنون لهذه المصلحة ففرضوا على الرجل أن يمسك زوجته جبراً ولو لم يردها ولو طلقها مائة طلقة لم تقع منه ما دام أن القاضي لم يوافق عليها، لأن أسبابها غير مرضية عنده، وهذا مناف لشرع الله تعالى، لأن حق الطلاق للقاضي وحده في كل الحالات بدون استثناء مناف للشريعة الإسلامية وللطبيعة الإنسانية، لأن القاضي لا يستطيع أن يطلع على كل الأسباب في الرجل، كالبغض والكراهة والنفور الطبيعي من المرأة التي لا يمكن للقاضي معرفتها، وليس في ذلك ضمان لاستقرار الأسرة وإنما فيه دفع لأن تحيا الأسرة حياة غير إسلامية، فإن ذلك بعيد كل البعد من النصوص الشرعية، فإن الشرع لم يجعل الطلاق بيد الحاكم إلا للأسباب الظاهرة فقط، والله تعالى أعلم.

(١) وفي مذهب الحنفية: لا يفرق إلا بالعيب الخاص بالرجل، كالجب والعنة فقط، كما هو مبين في الجزء الأول في حكم الخيار في النكاح بسبب العيب فليراجع هناك.

يرى الحنفية والمالكية: أنها فرقة طلاق، فتكون طلاقاً بنفس الاختيار عندما يخيرها الحاكم فتختار نفسها، أو بتفريق الحاكم بينهما[1].

وعللوا لذلك: بأن سبب ثبوت الفرقة حصل من الزوج، وهو المنع من إيفاء حقها المستحق بالنكاح.

ويرى الشافعية والحنابلة: أنها فرقة فسخ[2].

وعللوا لذلك: بأن سبب الفرقة كان من جهتها وليس من جهته، سواء كان العيب فيه أم فيها، فإن كان العيب فيها، فهذا لا شك فيه لأنها هي السبب، وإن كان فيه فتكون هي السبب أيضاً، لأن طلب الفرقة كان منها.

والظاهر أن الفرقة إذا كانت بلفظ الطلاق أو بكنايته ونوى بها الطلاق فهي طلاق، وتنقص من عدده.

وإن كانت بغير لفظ الطلاق ولم ينو بها طلاقاً فتكون فسخاً ولا تنقص من عدد الطلاق الذي يملكه الزوج، والله تعالى أعلم[3].

٢ ـ الفرقة بسبب العجز عن النفقة:

ذكرت في حكم النفقة: أن الرجل إذا أعسر بنفقة زوجته خيرت المرأة بين الصبر عليه وبين فسخ النكاح في مذهب الشافعية والحنابلة، وقال المالكية: تسقط عنه، وقال الحنفية: تكون في ذمته حتى يتمكن من أدائها وتنفق المرأة على نفسها فتأخذ ديناً عليه ولا يفرق بينهما[4]. وقد رجح بعض فقهاء الحنفية والمالكية مذهب الشافعية والحنابلة من حيث التفريق بينهما، قياساً على التفريق بينهما بسبب العيب، لأن البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٥٥٦، وقوانين الأحكام ص ٢٣٨.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٦٥٠، والأشباه والنظائر ص ٢٨٩.

(٣) هذا بالنسبة لنوع الفرقة، وأما حكم التفريق بسبب وما هي العيوب التي تجعل عقد الزواج غير لازم تقدم ذلك في الجزء الأول في حكم الخيار في النكاح بسبب العيب.

(٤) ذكرت آراءهم في ذلك وأدلتهم في الجزء الأول في حكم عدم الإنفاق على الزوجة وما يترتب على ذلك.

قوت، ولأن منفعة الجماع مشتركة بينهما، فإذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها أولى[1].

واختلفوا أيضاً في نوع الفرقة، هل هي فسخ أم طلاق، وإذا قلنا بأنها طلاق فهل هي طلاق بائن أم رجعي؟.

يرى المالكية: أنه إن عجز بالنفقة بالكلية أو وجد شيئاً يسيراً لا يسد مسداً فلها الخيار، فترفع أمرها إلى القاضي فيأمره بالطلاق فإن طلق وإلا طلق عليه طلاقاً رجعياً، فإن أيسر في العدة بالنفقة فله الرجعة وإلا بانت منه[2].

ويرى الشافعية والحنابلة: أن الخيار يثبت لها بمجرد إعساره بالنفقة فإن صبرت وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك وكانت هذه الفرقة فسخاً لا طلاقاً، فلا تنقص من عدد الطلاق الذي يملكه الرجل[3].

٣ ـ الفرقة بسبب الإعسار بالصداق:

إذا أعسر الزوج بالصداق الحال فزوجته مخيرة بين أن تصبر عليه حتى يتيسر وبين أن تطالب بفراقه.

وتكون الفرقة فرقة فسخ عند جمهور الفقهاء، فلا تنقص من عدد الطلاق، ولا تجوز إلا بحكم الحاكم، لأنه مختلف فيه، فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعيب، وبالإعسار بالنفقة[4].

ويرى المالكية: أنه يفرق بينهما من قبل القاضي وتكون فرقة طلاق لا فرقة فسخ، وتنقص من عدد الطلاق الذي يملكه الرجل، ويكون طلاقاً بائناً بخلاف الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة فإنها تكون طلاقاً رجعياً عندهم[5].

---

(١) انظر: فتح القدير ٤/٣٩٠، ومغني ابن قدامة ٧/٥٧٦ و٥٧٧.
(٢) انظر: قوانين الأحكام ص ٢٣٩.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٧٦.
(٤) انظر: تكملة المجموع ١٥/٥٢٣، ومغني ابن قدامة ٦/٧٣٨ و٧/٥٧٩، وقال بعض فقهاء الحنابلة: ليس لها فسخ سواء كان قبل الدخول أو بعده وقال بعضهم: لها الفسخ إن أعسر قبل الدخول فقط.
(٥) انظر: قوانين الأحكام ص ٢٣٩.

٤ ـ الفرقة بسبب الغيبة:

يرى جمهور الفقهاء: أن الزوج إذا غاب عن امرأته ولم يترك لها نفقة كان لها الخيار في الفسخ، سواء كان معسراً أم موسراً، وتكون الفرقة فرقة فسخ ومن قبل الحاكم.

ويرى المالكية: أن المرأة ترفع أمرها إلى الحاكم والحاكم يكتب لزوجها فيأمره بالرجوع إلى زوجته أو الطلاق، فإن طلق وإلا ضرب له أجلاً من شهرين فإن انتهى الأجل ولم يرجع طلقت نفسها طلقة رجعية، فإن قدم في عدتها وهو موسر فله ارتجاعها وإن قدم عديماً لم يكن له رجعة عليها إلا إذا رضيت بالمقام معه دون نفقة، فإن لم يرجع طلق عليه الحاكم وتكون الفرقة فرقة طلاق لا فسخ[١].

وقال بعض الفقهاء: إن النكاح لا يفسخ بالغيبة إلا إذا كان معسراً بالنفقة أما إذا كان موسراً فلا يفسخ وإن لم ينفق، لأن ذلك ليس بعيب يفسخ لأجله النكاح، لأنه يمكن أخذ النفقة منه ما دام أنه موسر ولا يفسخ النكاح بمجرد الغيبة[٢].

والظاهر: أن القول بفسخ النكاح بسبب الغيبة سواء كان الزوج معسراً أم موسراً هو الراجح، حتى ولو ترك لها نفقة إذا تضررت بذلك المرأة قياساً على الفسخ بالعيب، والله تعالى أعلم[٣].

٥ ـ الفرقة بسبب الامتناع عن النفقة:

يرى جمهور الفقهاء: أن النكاح لا يفسخ بسبب الامتناع عن النفقة،

---

(١) انظر: قوانين الأحكام ص ٢٤٠، وحاشية الدسوقي ٢/٤١٨ و ٤١٩.

(٢) انظر: المصادر السابقة، وشرح الأزهار ٢/٥٤٣، والتاج المذهب ٢/٢٨٦، والمهذب ٢/١٦٤.

(٣) قال ابن قدامة: قال بعض أصحابنا فيمن غاب عن امرأته لغير عذر: يراسله الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه ونقل عن الإمام أحمد أنه يضرب له أجلاً ستة أشهر، فإن قدم وإلا فرق الحاكم بينهما لما روي عن عمر أنه قضى بذلك، انظر: المغني ٧/٣١.

لأنه يمكن أخذ النفقة من الزوج بدون علمه، أو يحبس وتؤخذ منه جبراً.

ويرى المالكية: أنه إن كان له مال ظاهر أخذ منه قسراً، وإلا يقال له: إما أن تنفق وإما أن تطلق، فإن لم ينفق ولم يطلق طلق عليه الحاكم، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن لا فرقة فسخ، بخلاف المعسر فإن الطلاق عنه يكون رجعياً عندهم، فإن أيسر في العدة فله الرجعة عليها[1].

٦ ـ الفرقة بسبب فقد الزوج:

فإذا غاب الرجل وانقطع أثره ولا يعلم خبره فلم تعرف له حياة ولا موت فله حالتان عند الفقهاء:

أحداهما: أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كالخروج لطلب علم أو تجارة ونحو ذلك، قال بعض الفقهاء: إن امرأته تنتظر حتى يثبت موته، وإن جلست كل عمرها، وكذلك الحكم في الأسير، فإن زوجته تبقى في عصمته حتى تعلم وفاته[2].

وقال بعضهم: تنتظر أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج إن شاءت وتبدأ مدة الانتظار من يوم أن ترفع أمرها إلى الحاكم ويضرب لها الأجل[3].

وتبدأ بالعدة من حين أن يحكم الحاكم بوفاته، فإذا انتهت العدة صارت حلالاً للأزواج، وتكون هذه الفرقة فرقة بالموت.

---

(١) انظر: المصادر السابقة، وحاشية الدسوقي ٤١٨/٢، وقوانين الأحكام ص ٢٣٩.

(٢) وهذا قول جمهور الفقهاء ووافقهم المالكية في الأسير، ونقل ابن قدامة الإجماع على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم بيقين وفاته، انظر: المغني ٤٨٨/٧، انظر: قوانين الأحكام ص ٤١، وذكر ابن جزي: أن المفقود في بلاد العدو كالأسير فلا تتزوج زوجته ولا يورث ماله في مدة لا يعيش إلى مثلها ما عدا أشهب فإنه قال: بأنه كالمفقود في بلاد المسلمين.

(٣) وهذا مذهب المالكية وقول في مذهب الشافعية وفي قول للفقهاء: إن مدة الانتظار من حين انقطاع خبر المفقود.

ثانيهما: أن يكون ظاهرها الهلاك، كما لو خرج إلى الصلاة فلم يرجع، أو فقد من بين الصفين المتقاتلين.

فقال بعض الفقهاء: أنها تتربص أربع سنين وهو أكثر مدة الحمل ثم تعتد عدة الوفاة[1].

وقال بعضهم: تنتظر سنة ثم يحكم بعد ذلك بوفاته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج إن شاءت[2].

وقد ذكرت مزيداً من التفصيل في ذلك في المحرمات على التأقيت في الجزء الأول، وقلت بأن هذه المسألة اجتهادية فلم يثبت فيها نص عن المعصوم فيكون مرجعها إلى القاضي فيقضي فيها بحسب ما يتفق مع القواعد العامة للشريعة ويكون نظره فيها باعتبار حال المرأة فمتى رأى أن المرأة لا تستطيع الصبر بدون زوج فيقضي بفرقتها ثم تعتد بعد ذلك وتحل للأزواج: قال بعض الفقهاء: إن رجع زوجها فهي له ولو تزوجت بآخر، وقال ابن قدامة - نقلاً عن بعض أصحاب الشافعي -: إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول[3]، وهذا هو الراجح فيما يبدو، وتكون الفرقة فسخاً بحكم الحاكم.

٧ ــ الفرقة بسبب عدم الكفاءة بين الزوجين:

الكفاءة في اللغة: هي المساواة، وفي اصطلاح الفقهاء: مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة، وعلى هذا التعريف فإنها معتبرة في الرجل دون المرأة، فقد نقل عن بعض الصحابة وغيرهم أنه كان يعتق جاريته ويتزوجها، ولأن الولد يشرف بأبيه لا بأمه[4].

---

(١) وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وهو قول في مذهب المالكية.

(٢) وهذا قول في مذهب المالكية ونقل عن سعيد بن المسيب، وقيل: ليس لها وقت محدد.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٤٩٢/٧.

(٤) وقال بعض الفقهاء: أن الكفاءة معتبرة في المرأة أيضاً، أي أنها مساواة بين الزوجين

وهي حق للمرأة ولأوليائها جميعاً، بحيث لـو أسقط أحدهم حقـه لم يسقط حق الآخر[٣].

فلو تزوجت المرأة بغير كفء فلأوليائها حق الاعتراض عليها فـإن لم يرضوا فلهم الفسخ[١].

والكفاءة في الدين شرط لصحة الزواج، وقد نقل الاتفاق على ذلك. واختلفـوا في الكفاءة في غـير الدين من حيث حكمهـا، ومن حيث الأمور المعتبرة فيها.

فمذهب جمهور الفقهاء: أنها ليست شرطاً لصحـة الزواج وإنمـا هي شرط للزومه، فإذا رضيت الزوجة وأولياؤها بغير الكفـء صح النكاح وكان لازماً، ومن لم يرض منهم فله الفسخ[٢].

ولا تجوز الفرقة إلا بحكم الحاكم، وتكون الفرقة فرقة فسخ لا طلاق، ولا أعلم خلافاً في هذه المسألة، والله تعالى أعلم.

وهو قول محمد وأبي يوسف من الحنفية وهو قول الهادوية، انظر: بدائع الصنـائع ١٥٢٢/٣.

(١) ويكون النكاح باطلاً، وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة، لأن الكفـاءة حق لجميعهم، وفي قول آخر لهم وهو مذهب المالكية: أن النكاح لم يبطل وإنما يثبت الخيار لمن لم يرض، وهذا القول موافق للدليل، وقال الحنفية: إذا رضيت المرأة أو بعض أوليائها سقط حق الباقين في الفسـخ ولزم العقـد، انظر: مغني ابن قـدامة ٤٨١/٦، وبدائع الصنائع ١٥١٩/٣.

(٢) سواء كانوا متساويين في الدرجة أم متفاوتين، وقال المـالكية والشـافعية: ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب، لأنه لا حق للأبعد معه، انظر: مغني ابن قدامة ٤٨١/٦ و٤٨٢، ولا تشترط الكفاءة في إنكاح الأب والجد عند أبي حنفية، انظر: بدائـع الصنـائع ١٥١٨/٣، وهـذا يعتـبر تكميـلاً لمـا ذكـرت في القسم الأول في شروط العاقدين، فهناك الأدلة.

(٣) انظر: مغني ابن قدامـة ٤٨٠/٦، وقوانـين الأحكام ص ٢٢٠، وبـدائع الصنـائع ١٥٥٧/٣، وتفصيل ذلك مع الأدلة في الجزء الأول في شروط العاقدين.

٨ ـ الفرقة بسبب نقصان المهر:

يرى أبو حنيفة: أن المرأة إذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه بغير رضاء أوليائها، فلأوليائها حق الاعتراض، فإما أن يكمل الزوج مهر المثل أو يفرق بينهما، لأن للأولياء حقاً في المهر، لأنهم يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون ببخسه فيلحقهم الضرر بالبخس[1].

ويرى جمهور الفقهاء: أن النكاح يلزم ولا يفسخ بنقص المهر، لأن المهر حق المرأة على الخلوص، كالثمن في البيع، فيصح ويلزم، كما لو أبرأت زوجها من المهر، بل إن الشرع قد ندب إلى تقليل المهر وتيسيره، وهذا هو الراجح لموافقة الشرع له، والله تعالى أعلم.

٩ ـ الفرقة بسبب خيار البلوغ:

ليس لغير الأب من الأقارب تزويج صغيرة في مذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلا الجد عند الشافعية فإنه كالأب، ووصي الأب كالأب عند المالكية والحنابلة، والعقد ممن ليس له حق فيه يعتبر من العقود الفاسدة[2].
ويرى الحنفية: أنه يجوز لغير الأب والجد أن يزوج الصغير والصغيرة سواء كانت الصغيرة بكراً أم ثيباً، ويثبت الخيار لهما بعد البلوغ.

فمن اختار الفراق منهما فرق الحاكم بينه وبين زوجه ولا تقع الفرقة بنفس الاختيار، وإنما لا بد من حكم الحاكم بالتفريق، وتكون هذه الفرقة فرقة فسخ، فلا تنقص من عدد الطلاق[3].

وأما إذا زوج الأب أو الجد فيكون الزواج لازماً[4].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٥٢٦/٣.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٤٨٩/٦.
(٣) انظر: فتح القدير ٢٧٤/٣، وبدائع الصنائع ١٥٥٦/٣.
(٤) ولا يجوز لغير الأب ووصيه أن يزوج غير البالغ في مذهب الحنابلة، ويجوز في مذهب الشافعية زواجه إن كان محتاجاً، وكذلك المجنون، انظر: مغني ابن قدامة ٤٩٩/٦، ومغني المحتاج ١٦٨/٣.

١٠ ــ الفرقة بسبب إجبار من لا يجوز إجباره على الزواج:

تقدم في الجزء الأول في حكم الولاية في النكاح: أن الثيب لا يجوز إجبارها على الزواج باتفاق الفقهاء إذا كانت بالغة عاقلة، واختلفوا في البكر البالغة العاقلة هل تجبر على النكاح أم لا؟ بينا ذلك بالتفصيل في محله.

وفي هذه المسألة نبين حكم الزواج فيما إذا تعدى الولي وزوج من لا يجوز إجبارها بغير إذنها، وبيان ذلك عند الفقهاء فيما يأتي:

١ ــ يرى الحنابلة والشافعية: أن نكاحها باطل، وإن رضيت بعد، فيعتبر كالفضولي، ونكاح الفضولي باطل لا يترتب عليه أي أثر، ومتى وقع عقد الزواج من ولي متعد أو من فضولي يعتبر لاغياً ولا يحتاج فسخه إلى حكم حاكم[١].

ويرى الحنفية: أن الولي إذا زوجها بغير إذنها توقف التزويج على رضاها، فإن رضيت جاز وإن ردت بطل، سواء كانت بكراً أم ثيباً[٢].

وكذلك عقد الفضولي: فإنه موقوف على الإجازة في مذهبهم[٣].

وإذا اختارت المرأة نفسها وقعت الفرقة بنفس الاختيار فلا تحتاج إلى حكم حاكم وهي فرقة فسخ لا فرقة طلاق.

ويرى المالكية: أن الولي إذا زوجها بغير إذنها سواء كانت بكراً أم ثيباً يصح نكاحها بشروط، وهي كما يلي:

١ ــ أن ترضى بالعقد بالنطق، فإذا كانت بكراً فلا يشترط نطقها إذا استأذنها قبل العقد.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٤٩١، ومغني المحتاج ٣/١٥٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٣٥٤.

(٣) قال الكاساني: أن الحرة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من رجل أو وكلت رجلاً بالتزويج فتزوجها، أو زوجها فضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، انظر: بدائع الصنائع ٣/١٣٦٤، وقال محمد: لا يجوز حتى يجيزه الولي والحاكم ولا تعتبر إجازتها للعقد.

٢ ـ أن يكون رضاها قريباً زمنه من العقد، فإذا بعد بطل العقد وإن رضيت بعد.
٣ ـ أن تكون المرأة في البلدة التي وقع فيها العقد، فإن كانت في بلد آخر فلا يصح العقد وإن رضيت به.
٤ ـ أن لا يقع منها رد قبل الرضاء، فلا عبرة برضاها بعد الرد ولو قرب الرضاء[1].

والذي يبدو لي في هذه المسألة أن مذهب الحنفية هو الراجح بالنسبة إلى عقد الولي، أما إذا عقد بها فضولي فلا يصح العقد وإن أجازت، لأنه ليس له ولاية عليها، بخلاف الولي فإن له سلطة في إنشاء العقد عليها، إلا أنها لما كانت غير مجبرة كان لها الحق في المشاركة في إتمام العقد وهو الاختيار منها، فإن رضيت به صح، وإن لم ترض لم يصح والله تعالى أعلم.

١١ ـ الفرقة بسبب النشوز وسوء العشرة:

ـ أوصى الله سبحانه وتعالى بمعاشرة النساء بالمعروف، قال تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾[2].

وقال تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[3].

وأوصى النبي ﷺ بالنساء خيراً وحث على أن يتسامح الرجل معهن فقال: «استوصوا بالنساء خيراً فإن المرأة خلقت من ضلع وإن أعوج ما في الضلع أعلاه فإن ذهبت تقيمه كسرته وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيراً»[4].

فإذا خرجت المرأة من طاعة زوجها ولم تؤدي الحق الذي عليها فقد

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢٢٨/٢، ومعنى قريباً زمنه: بأن يكون العقد في المسجد أو في السوق مثلاً ويسار إليها بالخبر من وقته، فإن تأخر بيوم بطل العقد.
(٢) سورة النساء: آية ١٩.
(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٩.
(٤) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٢٥٣/٩، وشرح النووي لصحيح مسلم ٦٥٧/٣.

جعل الله تأديبها على مراتب، فأولاها: الوعظ، فتوعظ ويبين لها بأن الله سيعاقبها على عصيان زوجها، فإن لم ينفع ذلك انتقل إلى مرتبة ثانية وهي الهجران، وهو ترك مضاجعتها، وإن لم ينفع معها ذلك انتقل إلى مرتبة ثالثة، وهي الضرب غير المبرح، قال تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً﴾[1].

فإذا كان النشوز من قبل الزوج، كما لو أساء في معاملتها ولم يؤد الواجب الذي لها عليه رفعت أمرها إلى القاضي ليرفع عنها الضرر الحاصل من الزوج ويمنعه من إيذائها، فإن ترك إيذاءها وإلا عزره على حسب ما يرى.

ـ فإذا اشتدت العداوة والبغضاء بين الزوجين وعظم الشقاق بينهما وادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه، فحينئذ يبعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها فينظران في أمرهما ويفعلان ما يريان من جمع أو تفريق لقول الله عز وجل: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾[2].

وظاهر الآية يفيد أن الحكمين يكونان بمنزلة الحاكم يفعلان ما يريدان من جمع وتفريق ولا يحتاجان إلى توكيل من الزوجين ولا رضاهما.

فإن قوله تعالى: ﴿إن يريدا إصلاحاً﴾ خطاب للحكمين بذلك.

وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة وهو مذهب المالكية، قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ: وهو قول الجمهور[3].

وقال بعض الفقهاء: إن الحكمين لا يملكان التفريق إلا بإذنهما، لأنهما

---

(١) سورة النساء: آية ٣٤.

(٢) سورة النساء: آية ٣٥.

(٣) انظر: المنتقى للباجي ١١٣/٤، وذكر القرطبي أيضاً أنه قول الجمهور، انظر: الجامع لأحكام القرآن ١٧٥/٥.

وكيلان لأن الطلاق لا ينقل من الرجل إلا بالإنابة منه لأنه رشيد، وكذلك المرأة فلا تتم المخالعة على مال إلا بموافقتها، فلا يجوز التصرف في ذلك إلا بالوكالة، وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة، ونقل ذلك عن أبي حنيفة[1].
ويبدو أن القول الأول هو الراجح، لأنه يوافق ظاهر الآية، والله تعالى أعلم.

ـ وتفريق الحكمين جائز على الزوجين، سواء وافق حكم قاضي البلد أم خالفه وسواء وكلهما الزوجان أم لم يوكلهما، بناء على القول بأنهما لا يحتاجان إلى توكيل.

وقلنا بأنه القول المختار، لأن الآية تدل على أنهما قاضيان لا وكيلان.

ـ وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن، لأن النزاع لا ينحل إلا بالطلاق البائن.

وإذا اختلف الحكمان، كما لو حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم الآخر بها، أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر فلا يقع شيء حتى يتفقا.

ـ ويشترط في الحكمين: أن يكونا بالغين عاقلين مسلمين عدلين، وأن يكونا عالمين بأحكام الجمع والتفريق، لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به.

ـ ويستحب أن يكونا من أهل الزوجين، لأن الله أمر بذلك، ولأن الأهل أشفق وأعلم بالحال من غير الأهل.

وعلى ذلك يكون الأمر ببعث الحكمين من الأهل في الآية للإرشاد، لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم[2].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٨ و٤٩، ومغني المحتاج ٣/٢٥٩، وظاهر مذهب الأحناف: أن مهمة الحكمين الصلح فقط وليس لهما حق في التفريق وليس للمرأة أيضاً الحق في طلب التفريق ويعزر الحاكم المخطىء منهما وللرجل أيضاً الحق في تعزير امرأته، كما للمولى أن يعزر مملوكه، انظر: بدائع الصنائع ٣/١٥٥٢.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٠، وتفسير القرطبي ٥/١٧٧.

ـ ويجوز التحكيم من الزوجين، فلو أذن الزوجان لرجل أو رجلين ينظران في أمرهما ويفعلان ما يريان فيهما من الجمع والتفريق فهذا جائز وينفذ ما يقرره الحكم أو الحكمان، لأنه: إن كان توكيلاً ففعل الوكيل نافذ، وإن كان تحكيماً فقد قدماه على أنفسهما، وليس الغرر بمؤثر فيه، كما لا يؤثر في باب التوكيل[1].

١٢ ـ الفرقة بسبب الإيلاء:

الإيلاء في اللغة: هو الحلف، وفي اصطلاح الفقهاء: الحلف على ترك وطء المرأة.

وللإيلاء شروط وأحكام ذكرتها بالتفصيل في مبحث مستقل، والذي يهمنا في هذه المسألة هو نوع الفرقة بسبب الإيلاء هل هي فسخ أم طلاق؟

وإذا قلنا بأنها طلاق، هل طلاق رجعي أم طلاق بائن؟

١ ـ إن الفرقة بسبب الإيلاء طلاق لا فسخ، ولا أعلم خلافاً في ذلك.

٢ ـ وإنما اختلفوا هل هو طلاق بائن أم رجعي.

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٧٨/٥، وقد أحدث بعض واضعي قانون الأحوال الشخصية فرقة جديدة لا أعلم أحداً من العلماء قال بها، وهي الفرقة بسبب اقتران الزوج بزوجة أخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها، وكذلك لو أخفى الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها، فأي واحدة من الجديدة أو القديمة إذا لم يرض بالأخرى صراحة أو ضمناً لها الحق في طلب التفريق، وهذا ما جاء في القانون المصري رقم ٤٤ لسنة ١٧٩ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وادعوا أن هذا لا يخرج من الشرع، وليس الأمر كذلك بل إنه لا يتفق مع الأدلة الصريحة من الكتاب والسنة الدالة على جواز تعدد الزوجات مطلقاً سواء رضيت الأخرى أم لم ترض، لأن عدم الزواج بزوجة أخرى ليس من الحقوق المشروعة لها، وليس ذلك مما يضر بها ما دام أن الزوج يعطيها حقها من المعاشرة والنفقة وكل ما تحتاجه، حتى أن جمهور الفقهاء قالوا: ليس لها طلب الفرقة ولو اشترطت عليه عدم الزواج عليها في العقد، فإن هذا الشرط يكون باطلاً، ولم يخالف في ذلك إلا الحنابلة فقالوا: إنه يلزم الوفاء بهذا الشرط، هذا ملخص ما كتبه الدكتور حامد شمروخ في مبحث: التطليق للزواج بأخرى من أحكام الفراق.

يرى جمهور الفقهاء: أن الفرقة بسبب الإيلاء تكون طلاقاً رجعياً، سواء أوقعه بنفسه أو طلق عليه الحاكم إذا امتنع عن الطلاق بنفسه[1].

ويرى الحنفية: أنه يقع طلاقاً بائناً، بمجرد انتهاء المدة، وإن لم يقع منه طلاق[2].

ويبدو أن قول الجمهور هو الراجح، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، ولو صدر من الحاكم، لأنه ليس فيه ضرر على المرأة.

١٣ ـ الفرقة بسبب الملاعنة:

الملاعنة مأخوذة من اللعن، وهو الطرد والإبعاد.

والملاعنة في اصطلاح الفقهاء: أيمان من الزوجين مؤكدات بشهادات مقرونة بلعن من جانب الرجل وبغضب من جانب المرأة، لأن كلاً من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً[3].

وقد تقدم في الجزء الأول تفصيل صفة اللعان والأدلة الواردة فيه في المحرمات على التأقيت.

ونريد في هذه المسألة أن نبين نوع الفرقة بسبب اللعان هل هي فسخ أم طلاق؟ وهل تقع الفرقة بمجرد الملاعنة، أو أنها لا تقع إلا بحكم الحاكم؟

أ ـ أما نوع الفرقة فإنها تكون فسخاً وتحرم المرأة على الملاعن تحريماً مؤبداً سواء كذب نفسه أم لم يكذبها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٣٣١، والمهذب ٢/١١١، والمنتقى للباجي ٤/٣١، وبداية المجتهد ٢/١٠٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٦٣، وهناك قول لبعض الفقهاء أنه بالطلاق من الزوج أو من الحاكم يقع طلاقاً بائناً.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٣٩٠.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤١٣، ونيل الأوطار ٦/٣٠٥.

واحتجوا بحديث سهل بن سعد قال: مضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً[1].

وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: أن اللعان فرقة بتطليقة واحدة بائنة فيزول ملك النكاح ويحرم التزوج بها ما دام على حالة اللعان، فإن أكذب نفسه جلد الحد أو أكذبت نفسها بأن صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان[2].

واستدلا على ذلك بحديث عويمر العجلاني، وفيه أنه قال يا رسول الله: كذبت عليها إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً[3].

فإن النبي ﷺ أقره على ذلك فلو كان التفريق باللعان كافياً لما أقره على طلاقه ثلاثاً.

ولأنه لما كذب نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق ملاعناً لا حقيقة ولا حكماً فجاز اجتماعهما.

ب ـ وأما وقوع الفرقة بدون حكم الحاكم فهو مذهب الشافعية والمالكية وهو قول في مذهب الحنابلة، فإنها تقع عندهم بمجرد الفراغ من الملاعنة ولا يحتاج إلى تفريق من الحاكم.

واستدلوا بحديث سهل السابق، ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم حاكم كالرضاع، ويرى الحنفية: أن الفرقة لا تقع إلا بحكم حاكم ولا تقع بمجرد الملاعنة وهذا قول في مذهب الحنابلة[4].

واستدلوا بحديث ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى الله عليه وآله وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة[5].

---

(١) رواه أبو داود ورجاله رجال الصحيح، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٠٤.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢١٥٨.
(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: نيل الأوطار ٦/٣١١، قيل أنه قال ذلك ظناً منه أن الفرقة لم تقع بمجرد اللعان.
(٤) انظر: المصادر السابقة.
(٥) رواه الجماعة، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٩٩.

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح في المسألتين، لأن الفرقة تقع باللعان والطلاق بعد الفرقة وجوده وعدمه سواء، والمراد بتفريق النبي صلى الله عليه وآله وسلم هو الحكم بالملاعنة، والله تعالى أعلم.

١٤ ـ الفرقة بسبب امتناع أحد الزوجين عن الإسلام:

١ ـ إذا أسلم الزوجان معاً فهما على النكاح، سواء كان إسلامهما قبل الدخول أم بعده، وسواء كانا كتابيين أم غير كتابيين، ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع، ونقل اتفاق الفقهاء على ذلك[١].

٢ ـ وإن أسلم أحد الزوجين وامتنع الآخر عن الإسلام.

فإن كانت الزوجة كتابية فالنكاح باق على حاله، سواء كان قبل الدخول أم بعده، لأن الكتابية محل لنكاح المسلم، ونقل الاتفاق على ذلك[٢]. وإن أسلم الزوج أو الزوجة وهي غير كتابية، مجوسية أو وثنية مثلاً، وهو كتابي أو غير كتابي، فإن كان إسلام أحدهما حصل قبل الدخول وقعت الفرقة بمجرد الدخول في الإسلام، وتكون فسخاً لا طلاقاً، وإن أسلم بعد الدخول كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضاء العدة فهما على النكاح، وإن أسلم بعد انقضائها وقعت الفرقة منذ اختلاف الدينين، فلا تحتاج إلى استئناف في العدة، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[٣].

ـ ويرى المالكية: أن هناك تفصيلاً بين إسلام الزوجة وإسلام الزوج.

فقالوا: إن أسلمت الزوجة بعد الدخول فإن أسلم في عدتها فهي باقية على عصمته، مجوسياً كان أم كتابياً، فيعتبر إسلامه كالارتجاع فيعتبر كالطلاق الرجعي من حيث جواز إرجاع المدخول بها ما دامت في العدة، أما إذا كانت

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ٣/٣٤٤، وبدائع الصنائع ٣/١٥٥٧، ومغني ابن قدامة ٦/٦١٣ و٦١٥.

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٦١١.

غير مدخول بها فإن أسلم زوجها في الحال وهو مكانه بقي على النكاح، وإن لم يسلم فلا رجعة له عليها ولا عدة عليها، وفي قول لهم إن الفرقة تقع بنفس الإسلام وليس له الرجعة عليها ولو أسلم في الحال[1].

وأما إن أسلم الرجل فإن كان قبل الدخول بها توقف المرأة، فإن أسلمت مكانها وإلا فرق بينهما، وهذا قول ابن القاسم.

وقال أشهب وأصبغ تنقطع العصمة بينهما.

ورجح بعضهم القول الأول، بحجة أن إسلام الزوج يمنع استدامة النكاح فقط ولا يقتضي إيقاع فرقة.

وإن أسلم بعد أن دخل بها فنقل عن مالك: أنه يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فسخ نكاحها.

وهذا مبني على أن الفرقة لا تقع بالإسلام وإنما تقع بحكم الحاكم، أو بالإغفال حتى تطول المدة، فإن طالت المدة وقعت الفرقة بدون حكم.

ويرى الحنفية: أنه إن كانا في دار الإسلام فلا تقع الفرقة بمجرد الإسلام وإنما يعرض الإسلام على الآخر، فإن أسلم وإلا فرق بينهما من قبل القاضي ولو لم تنقض العدة، ولم يفرقوا بين المدخول بها وغير المدخول بها.

ثم أنه، إن كان الإباء من المرأة تكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً، لأن المرأة لا تلي الطلاق، وإن كان الإباء من الرجل كانت الفرقة فرقة طلاق في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تكون فسخاً لا طلاقاً[2].

١٥ ـ الفرقة بسبب الردة:

١ ـ إذا ارتد أحد الزوجين انفسخ النكاح بنفس الردة في الحال سواء كان قبل الدخول أم بعده، وهذا مذهب الحنفية[3].

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ٣/٣٤٤، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢١٩.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٥٥٨.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٥٥٩.

ويرى الشافعية والحنابلة: أن الفرقة تتعجل إن ارتد الزوج أو الزوجة قبل الدخول، أما إذا ارتد أحدهما بعد الدخول فإن رجع إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فهو أحق بها.

وفي رواية عن الإمام أحمد أن الفرقة تتعجل مطلقاً[1].

وكذلك الحكم فيما إذا ارتدا معاً فهو كما لو ارتد أحدهما في مذهب جمهور الفقهاء، وهو القياس في مذهب الحنفية وهو قول زفر من فقهائهم. ولا تقع الفرقة في مذهب أبي حنيفة استحساناً.

واحتجوا لذلك: بأن العرب لما ارتدت في زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ثم أسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم، وكان ذلك بمحضر من الصحابة.

وتكون الفرقة فرقة فسخ في مذهب جمهور الفقهاء وهو قول في مذهب المالكية، وهناك قولان آخران في مذهب المالكية، أحدهما: أنها تكون طلاقاً بائناً، والآخر: أنها طلاق رجعي[2].

١٦ ـ الفرقة بسبب فساد العقد:

فالنكاح الفاسد إما أن يكون فاسداً بإجماع العلماء، وإما أن يكون فيه خلاف.

ـ فإن كان مختلفاً فيه، مثل الزواج بلا شهود، أو بشرط التحليل، أو على طريقة الشغار، أو بلا ولي، فمن قال: إن الزواج فاسد في هذه الأمور حرم الاستمرار فيه وأوجب الفرقة في الحال، وقال: بأن هذا النكاح يحتاج إلى إيقاع فرقة بفسخ أو طلاق، كالنكاح الصحيح، فلو تزوجت امرأة تزويجاً فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها، فإن امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه، وهذا مذهب الحنابلة والمالكية.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٥٥٩/٣.

(٢) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢١٩.

وعللوا لذلك: بأنه نكاح مختلف فيه يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه، ولأن تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد[1].

إلا أن المالكية يرون: أن الفرقة من النكاح المختلف فيه تكون فرقة طلاق لا فرقة فسخ، يعني أنها تنقص من عدد الطلقات، فالقاعدة عندهم أن كل نكاح فاسد مختلف في فساده فإن فسخه يكون طلاقاً بائناً، أي إن الفسخ نفسه يحكم عليه بأنه طلاق، سواء لفظ الحاكم أو الزوج أم لم يلفظ به[2].

وقال بعض الفقهاء: أن العقد الفاسد لا يحتاج إلى فسخ ولا إلى طلاق، حتى ولو لم يكن فاسداً باتفاق الفقهاء، لأنه غير منعقد، ونقل ذلك عن الشافعي رحمه الله تعالى[3].

ـ وأما إن كان فاسداً بإجماع الفقهاء، مثل: نكاح المحارم، ونكاح المرأة في عدتها لغير من تعتد منه، ونكاح زوجة الغير ونحو ذلك من المحرمات على التأبيد أو على التأقيت مما هو محرم بإجماع العلماء.

فهذا النكاح لا ينعقد ولا يحتاج إلى فسخ ولا إلى طلاق في مذهب الحنابلة، لأنه يعتبر باطلاً، والباطل عندهم لا يحتاج إلى تفريق، بخلاف الفاسد فإنه يحتاج إلى تفريق.

وأما الشافعية فإذا كان المختلف فيه لا يحتاج إلى تفريق عندهم فيكون المجمع عليه من باب أولى، لأن الباطل والفاسد عندهم مترادفان فالمختلف فيه غير منعقد كالمجمع عليه فيكون كالعدم.

والعقد الفاسد في مذهب الحنفية غير منعقد أيضاً، سواء كان مختلفاً فيه

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٤٥٤.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٢٣٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢١٩.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٤٥٤.

أم مجمعاً عليه، إلا أن الظاهر في مذهبهم أنه يحتاج إلى تفريق وتكون الفرقة فرقة فسخ لا فرقة طلاق، فإن وقعت فرقة من الزوجين أو من أحدهما وإلا فرق الحاكم بينهما.

ولا فرق بين الباطل والفاسد في النكاح في مذهبهم من حيث عدم الانعقاد، وهو من هذه الناحية كمذهب الشافعية، إلا في العدة وثبوت النسب فإن الحنفية يفرقون بينهما.

فالقاعدة عندهم: أن كل نكاح أجمع العلماء على فساده يعتبر باطلاً ولا تجب فيه العدة ولا يثبت النسب منه ويجب الحد مع العلم بالحرمة.

وكل نكاح اختلف فيه العلماء فالدخول فيه يوجب العدة ويثبت النسب منه ولا يجب فيه الحد[1].

وفي الختام نذكر بعضاً من المسائل التي اشتمل هذا البحث على معظمها وهي كما يلي:

المطلب الثاني: في بيان الفرق بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل من حيث أثرهما:

أ ـ الفرق بين النكاح الفاسد ـ المختلف فيه ـ وبين النكاح الباطل ـ وهو المجمع على فساده ـ:

ونريد أن نذكر في هذه المسألة توضيح ما تقدم ذكره عند الفقهاء، وتفصيل ذلك في الأمور الآتية:

١ ـ إن النكاح الفاسد المختلف فيه يحتاج إلى تفريق عند جمهور الفقهاء.

٢ ـ وبناء على ذلك: فإن المرأة إذا زوجت قبل التفريق من النكاح الفاسد بزوج آخر لم يصح زواجها منه.

(١) وهذا الكلام يعتبر تلخيصاً لأقوال الفقهاء السابقة، وانظر: حاشية ابن عابدين ١٣٢/٣.

٣ ـ إذا حكم حاكم بصحة العقد الفاسد لا يجوز نقضه، لأن العقد المختلف فيه يسوغ فيه الاجتهاد، وكذلك إذا كان المتولي لعقده حاكم، وهذا القول المختار في مذهب الحنابلة، ورجحه ابن قدامة[١].

وقال بعضهم: إنه ينقض، لأنه يخالف النص، وقال بهذا بعض فقهاء الشافعية والحنابلة.

٤ ـ من اعتقد حل النكاح الفاسد ليس عليه إثم ولا أدب، لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها، ومن اعتقد حرمته أدب.

٥ ـ من وطىء في النكاح الفاسد فلا حد عليه، سواء اعتقد حله أم حرمته، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

لأنه نكاح اختلف في إباحته، فلم يجب فيه الحد، لأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف أقوى شبهة.

وقال بعض الفقهاء: يحد من اعتقد حرمته، ونقل هذا القول عن بعض فقهاء الشافعية والحنابلة[٢].

واستدلوا بحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[٣].

وبحديث عكرمة بن خالد: أن امرأة ثيباً كانت في طريق مع ركب فجعلت أمرها بيد رجل غير ولي، فأنكحها، فبلغ ذلك عمر، فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها[٤].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٤٥٠.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٤٥٥.

(٣) رواه الدارقطني وابن ماجه واختلف المحدثون في بعض رواته فبعضهم وثقه وبعضهم ضعفه، انظر: سنن الدارقطني ٣/٢٢٧، مع التعليق المغني عليه.

(٤) رواه الدارقطني والشافعي والبيهقي، ورواه من طريق أخرى أحمد والطبراني والبيهقي

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، وأما حديث أبي هريرة وعكرمة بن خالد فإنهما ضعيفان، وإن صحا، فليس فيهما دلالة صريحة على وجوب الحد، ويحمل حديث أبي هريرة على جواز تسميتها زانية فقط لأنه سماها زانية بمجرد العقد، ومجرد العقد لا يوجب حداً بإجماع العلماء، وأما الجلد المنقول عن عمر فيحمل على أنه تعزير وأدب وليس حداً، لأنه جلد الناكح والمنكح ولم يجلد المرأة، والجلد أيضاً كان بمجرد العقد مع اعتقادهما حله، والله تعالى أعلم.

٦ ـ لا يثبت التوارث في النكاح الفاسد ولو كان مختلفاً فيه عند من يقول بفساده، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[١].

ويرى المالكية: أن كل نكاح فاسد مختلف في فساده فإن فسخه يكون طلاقاً ويقع فيه التوارث إن مات أحد الزوجين قبل الفسخ ولو لم يدخل بها حتى ولو مات في العدة فإنها ترثه إذا وجدت تهمة، كما لو فارقها في مرض مخوف، إلا نكاح المريض فلا إرث فيه وإن كان مختلفاً فيه، لأن سبب فساده إدخال وارث، وكذلك نكاح الغير وإن كان فيه خلاف فلا إرث فيه لأنه لما كان منحلاً كان كالعدم[٢].

ويبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن النكاح الفاسد غير مشروع وإذا كان غير مشروع فلا يثبت به إرث، والله تعالى أعلم.

٧ ـ إذا حصل دخول في النكاح الفاسد وجبت العدة من يوم الفرقة وتعتد عدة طلاق حتى في حالة الوفاة[٣].

ونقل عن ابن حجر في التلخيص أنه قال: وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به، انظر: سنن الدارقطني مع التعليق عليه ٣/٢٢٥.

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٣٢٧ و٤٥٦، وبدائع الصنائع ٣/١٥٥٣.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٢٣٩ و٢٤٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥١٦، وبدائع الصنائع ٣/١٥٥٣، ومغني ابن قدامة ٦/٤٤٩.

ولا أعلم خلافاً بين الفقهاء من حيث وجوب العدة عليها[1].

٨ ـ يثبت النسب للأولاد الذين حملت بهم المرأة من النكاح الفاسد حفظاً للأولاد من الضياع، وإذا ثبت نسبهم كان حكمهم حكم الأولاد من النكاح الصحيح من حيث الإرث وغيره من الأحكام.

٩ ـ يثبت مهر المثل بالدخول الحقيقي، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا شيء لها حتى ولو خلا بها، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب فيه عوض ويجب لها مهر المثل بالدخول ولو سمى لها مهراً، لأن المسمى لا يجب إلا في النكاح الصحيح، وهذا مذهب جمهورالفقهاء، وهو قول زفر من فقهاء الحنفية[2].

وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف: يجب الأقل من مهر المثل ومن المسمى، فإن كان المسمى أقل من مهر المثل كان هو الواجب، وإن كان مهر المثل أقل من المسمى كان هو الواجب[3].

والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد الصحيح، حتى ولو حصل تراض على القيمة في العقد الفاسد كانت باطلة ووجبت قيمة المثل.

واستدل الفقهاء على وجوب المهر في العقد الفاسد إذا حصل فيه دخول بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[4].

---

(١) وإنما هناك خلاف في ابتداء العدة، فقال بعضهم من يوم الفرقة وقال بعضهم من آخر وطء وطئها، وقد بينت آراء الفقهاء والقول الراجح منها في مبحث العدة في مسألة وقت بداية العدة.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٦/٤٥٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٥٥٤.

(٤) رواه الخمسة إلا النسائي وحسنه الترمذي ورواه أيضاً أبو عوانة وابن حبان والحاكم

١٠ ـ يثبت التحريم في العقد الفاسد بالوطء ولا يثبت بمجرد العقد، فمن عقد على امرأة عقداً فاسداً فلا تحرم عليه أمها ولا ابنتها، وإذا عقد الأب على امرأة عقداً فاسداً فلا يحرم على ابنه أن يتزوجها إن لم يدخل بها دخولاً حقيقياً، لأن العقد الفاسد لا يترتب عليه تحريم، وإنما يحصل التحريم بالدخول الحقيقي، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[١].

ويرى الحنفية والهادوية: أن التحريم يحصل بمقدمات الوطء مثل المس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة ولو لم يحصل دخول حقيقي[٢].

ـ وأما إذا كان النكاح باطلاً متفقاً على بطلانه فإن هناك تفصيلاً للفقهاء.

١ ـ فإن دخل بها وهما عالمان بالتحريم فهما زانيان وعليهما الحد، ولا يلحق النسب فيه، واختلفوا في وجوب العدة من الوطء بالزنا، فيرى الحنفية والشافعية ونقل ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما: أنه لا عدة على الزانية، لأن العدة لحفظ النسب، ولا يثبت النسب منه[٣].

ويرى بعض الفقهاء: أن تعتد بحيضة، لأن القصد من ذلك استبراء الرحم، والاستبراء يحصل بحيضة، ونقل ذلك عن مالك، وهو رواية عن الإمام أحمد[٤].

ويرى الحنابلة: أنها تعتد عدة المطلقة، لأن العدة تجب للحفظ من

قال الشوكاني: وأعل بالإرسال، انظر: نيل الأوطار ٦/١٣٥.

(١) نقل ابن قدامة الإجماع على أن التحريم يثبت بالوطء بالنكاح الفاسد أو بالشبهة لأنه وطء يلحق به النسب فيثبت به التحريم كالمباح، انظر: مغني ابن قدامة ٦/٥٧٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٣٩٠، والتاج المذهب ٢/٨.

(٣) ويثبت التحريم بالمصاهرة في مذهب جمهور الفقهاء بالوطء بزنا، فمن زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها، ونقل عن مالك والشافعي وجماعة من الصحابة والتابعين أنه لا يثبت التحريم بالوطء من الزنا، انظر: مغني ابن قدامة ٦/٥٧٦.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٥٢ و٤٥٣.

اختلاط الأنساب، لأنها لو تزوجت قبل أن تعتد ثم حملت بعد ذلك لاشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا، فلا يحصل الحفظ المطلوب للأنساب(١).

٢ ـ وإن كانا غير عالمين بالتحريم، كما لو تزوج بأخته من الرضاعة وهو لم يعلم أو تزوج امرأة في عدتها وهو لم يعلم، أو علم ذلك ولكنه يجهل التحريم فإن الوطء من ذلك الزواج يكون شبهة فلا إثم عليه ويلحقه النسب وتجب عليها العدة، ولها مهر المثل ويثبت التحريم بالمصاهرة فهو كالوطء بنكاح فاسد(٢).

ب ـ الفرق بين الفرقة بطلاق والفرقة بفسخ:

١ ـ الفرقة بطلاق تنقص من عدد الطلاق الذي يملكه الرجل على زوجته بخلاف الفرقة بفسخ فإنها لا تنقص من الطلاق ولو كانت مائة مرة.

٢ ـ المفارقة بالطلاق يلحقها طلاق إذا كانت رجعية ولو لم تتخلله رجعة بين الطلاق في مذهب جمهور الفقهاء(٣).

بخلاف المفارقة بالفسخ فلا يلحقها طلاق ولو لم تنته عدتها.

٣ ـ المفارقة بالطلاق يصح إرجاعها إذا كان الطلاق رجعياً ما دام أن العدة لم تنته، بخلاف الفسخ فإن الفرقة به تكون بائنة في الحال كالطلاق البائن.

٤ ـ في الغالب إن الطلاق تكون أسبابه خفية، وقد يقع الطلاق بدون سبب، أما الفسخ فإنه يعتمد دائماً على أسباب ظاهرة(٤).

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٤٥٣/٧.

(٢) يفهم هذا من قول الفقهاء: فإن دخل بها وهما عالمان بالتحريم فهما زانيان وعليهما الحد، انظر: مغني ابن قدامة ٤٥٦/٦، وحاشية الدسوقي ٢٤٠/٢، وحاشية ابن عابدين ١٣٢/٣.

(٣) تقدم ذلك بالتفصيل في مبحث: ما يشترط في المطلقة، ومبحث أحكام الرجعة.

(٤) وفي بعض فرق الزواج ما يعتبر فسخاً وتحرم المرأة على الرجل تحريماً مؤبداً وهي الفرقة باللعان.

ج ـ الفرق بين الفسخ الذي يحتاج إلى قضاء والفسخ الذي لا يحتاج إلى قضاء:

١ ـ إذا كان الفسخ يحتاج إلى قضاء فإن مات أحد الزوجين قبل القضاء بالفسخ ورثه الآخر إذا كان العقد صحيحاً، كما لو مات أحدهما قبل القضاء بالفسخ بسبب العيب أو بسبب عدم الكفاءة ونحو ذلك، وأما إذا كان العقد فاسداً فلا يقع توارث في مذهب جمهور الفقهاء ولو وقع الموت قبل وجود الفرقة من الحاكم أو من الزوجين أنفسهما.

أما إذا كان الفسخ لا يحتاج إلى قضاء فلا يقع توارث، لأن الزوجية تنتهي بمجرد وجود السبب، كالأنكحة الباطلة باتفاق الفقهاء وخالف بعض الفقهاء في الأنكحة الفاسدة المختلف فيها[1].

د ـ الفرق بين الفرقة بالموت والفرقة بطلاق أو فسخ:

فلا فرق بين الفرقة بالموت والفرقة بطلاق أو فسخ من حيث وجوب العدة وحلول المهر أو المؤخر منه.

والفرقة بالموت يثبت بها التوارث بين الزوجين ويجب المهر كله ولو مات أحدهما قبل الدخول.

نصوص قانون الأسرة اليمني في فسخ الزواج:

اعتبر القانون الفرقة التي تكون من جهة الحاكم فسخاً وهي بينونة صغرى ولا تنقص من عدد الطلقات.

ونصت المادة ٤٢ على أنه يشترط في الفسخ لفظه أو ما يدل عليه.

ويفسخ النكاح في القانون للأسباب التالية:

---

(١) وهذا مذهب المالكية فالقاعدة عندهم: أن كل نكاح مختلف فيه تكون الفرقة فيه طلاقاً ويثبت فيه التوارث، كما بينت قريباً في الفرق بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل.

١ ـ إذا وجد سبب من أسباب التحريم كما جاء ذلك في **المادة ٤٤**.

٢ ـ إذا وجد في أحد الزوجين عيب، سواء وجد قبل العقد أم طرأ بعده كما جاء ذلك في **المادة ٤٥**.

٣ ـ انعدام الكفاءة، وهي معتبرة في الدين والخلق، فإذا لم يوجد تراضٍ كان لكل واحد منهما طلب الفسخ إذا لم يوجد رضى من قبل الآخر كما جاء ذلك في **المادة ٤٦**.

٤ ـ إذا أسلم الزوج وامتنعت المرأة وهي غير كتابية أو أسلمت هي وامتنع هو عن الإسلام أو ارتد أحد الزوجين عن الإسلام فإنه يحكم بالفسخ في هذه الحالات كما جاء ذلك في **المادة ٤٧**.

٥ ـ إذا تمرد الزوج عن الإنفاق يحكم بالفسخ إذا تعذر استيفاء حقها في النفقة منه أو من ماله كما جاء ذلك في **المادة ٤٨**.

٦ ـ لزوجة المعسر المتمرد عن الكسب وهو قادر عليه أو العاجز عنه إذا امتنع عن الطلاق الفسخ، كما نصت **المادة ٤٩**.

٧ ـ لزوجة الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ عقد الزواج بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق وبعد سنتين للمنفق كما نصت على ذلك **المادة ٥٠**.

٨ ـ إذا كان الرجل متزوجاً بأكثر من واحدة مع عدم القدرة على الإنفاق والسكن فلكل منهن طلب الفسخ، وبعد الطلب يجبره الحاكم بين الإمساك بواحدة وطلاق الأخريات، فإذا امتنع فسخ الحاكم زواج من طلبت كما جاء ذلك في **المادة ٥١**.

٩ ـ ونصت **المادة ٥٢** على أن المرأة إذا طلبت الفسخ للكراهية وجب على الحاكم أن يتحرى السبب فإن ثبت له بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها للإصلاح بينهما وإلا أمر الزوج بالطلاق فإذا امتنع حكم بالفسخ وعليها أن ترجع المهر.

١٠ ـ ونصت **المادة ٥٣** على أن المرأة إذا طلبت الحكم بالفسخ لإدمان الزوج الخمر وثبت ذلك حكم الحاكم بفسخ الزواج ولا يرد المهر.

١١ ـ وإذا طلبت المرأة الحكم بالفسخ عند البلوغ حكم لها ووجب عليها رد المهر ما لم يكن دخل بها، كما جاء ذلك في **المادة ٥٤**.

ونصت **المادة ٥٥** على أن الفسخ للأسباب المتقدمة تعتبر بينونة صغرى ولا يهدم عدد الطلقات ولا يعد طلقة.

ونصت **المادة ٥٦** على أنه إذا اختلف الرجل والمرأة في عقد الزواج أو فسخه أو بطلانه أو تسمية المهر أو تعيينه أو قبضه أو زيادته أو نقصه فالبينة على المدعي والقول للمنكر مع يمينه.

ونصت **المادة ٤٣** على أن الفسخ لا يقع إلا بحكم حاكم وعلى أنه لا يترتب على الفسخ شيء قبل الحكم به، وإذا كان سبب الفسخ مما يجعل المرأة غير حل للرجل امتنعت المعاشرة الزوجية ووجبت الحيلولة بينهما إلى حين الحكم بالفسخ وفي جميع الأحوال إذا كان الفسخ بعد الدخول تجب العدة أو الاستبراء عند الحكم به.

ومن المناسب في هذا الموضوع أن نذكر أحكام المفقود في القانون لتكمل بذلك الفائدة.

فنصت **المادة ١١١** على أنه يحكم الحاكم بموت المفقود بمضي سبعين سنة من تاريخ ميلاده إلا إذا كان قد خرج في حالة تغلب فيها موته كالحرب ونحوها فيحكم الحاكم بموته بعد أربع سنوات من غيابه، ويجب التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً.

ومن هذه المادة يتضح أن القانون أخذ بمذهب جمهور الفقهاء.

ونصت **المادة ١١٢** على أنه إذا تبين أن المفقود الذي حكم بموته حي بعد أن تزوجت زوجته بغيره فزوجته له ما لم يحكم الحاكم بفسخ نكاح الأول فتكون للثاني.

وحكم من نعي إليها زوجها حكم زوجة المفقود.

المبحث الثاني

في التفريق بالخلع

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: في تعريف الخلع:

الخلع لغة: النزع، يقال: خلع الرجل ثوبه إذا نزعه من عليه.

وأما تعريفه في اصطلاح الفقهاء فقد جاء بألفاظ مختلفة وبعبارات متعددة سنقتصر منها على تعريفين، وهما أشملها وأوضحها.

التعريف الأول: هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، وهذا التعريف: في مذهب جمهور الفقهاء[١].

مثل: أن يقول لزوجته: طلقتك أو خالعتك على كذا، فتقبل.

ويصح الخلع بكنايات الطلاق، وسيأتي ذلك في ألفاظ الخلع بإذن الله.

التعريف الثاني: هو إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع، وهذا التعريف في مذهب الحنفية[٢].

والفرق بين التعريفين في المذهبين هو: أن الفرقة في مقابل مال من الزوجة لا تكون خلعاً في مذهب الحنفية إلا إذا كانت بلفظ الخلع أو ما في معناه، كالمبارأة والمفاداة، فإن كانت بلفظ الطلاق فلا تسمى خلعاً وإنما تسمى طلاقاً على مال، لأن الخلع عندهم له أحكام تغاير أحكام الطلاق على مال، منها: إذا بطل العوض في الخلع، مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة، وأما إن بطل العوض في الطلاق على مال فإنها تكون طلاقاً رجعياً[٣].

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢٦٢/٣، والتاج المذهب ١٩٣/٢.

(٢) انظر: فتح القدير ٢١٠/٤.

(٣) انظر: فتح القدير ٢١١/٤ و٢١٩، ومنها: أن الطلاق على مال لا يسقط معه الحقوق الثابتة لأحد الزوجين على الآخر، فلا يسقط حقها في النفقة ولا مؤخر صداقها.

وإنما لم يجب للزوج شيء عليها، لأن الخمر والخنزير ليسا بمال في نظر الإسلام حتى تكون غارة له، كأنها خالعته بدون عوض.

بخلاف إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر، فإنه يلزمها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة، لأنها سمت مالاً فصار مغروراً، والتغرير في ضمن العقد يوجب الضمان[1].

وأما جمهور الفقهاء فإن الفرقة عندهم في مقابل المال تكون خلعاً، سواء كانت بلفظ الخلع أم بلفظ الطلاق.

فلو قال لزوجته: طلقتك على كذا من المال فقبلت كان ذلك خلعاً، وكذلك إذا قال: خالعتك على كذا فقبلت وإذا بطل العوض في الخلع وجب مهر المثل، وبانت المرأة سواء كانت الفرقة بلفظ الطلاق أو بلفظ الخلع[2].

المطلب الثاني: في حكم الخلع:

للخلع ثلاث حالات عند الفقهاء، ويختلف حكمه باختلافها.

الحالة الأولى: يكون جائزاً باتفاق الفقهاء[3]:

يكون جائزاً باتفاق الفقهاء: إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو لخلقه، أو دينه أو كبره أو ضعفه، ونحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفدي به نفسها منه.

---

(١) وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن: أنه يعطي مثل ذلك الخل من خل وسط، انظر: العناية مع فتح القدير ٤/٢٢٠.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٢٦٥، وفي قول: يجب بدل الخمر مثلها من العصير والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، وهو أنه لا فرق بين لفظ الخلع والطلاق على مال لعموم الأدلة الواردة في القرآن والسنة التي سيأتي ذكرها بحول الله تعالى، والله تعالى أعلم.

(٣) انظر: فتح الباري ٩/٣٩٦، والمنتقى للباجي ٤/٦١، ونيل الأوطار ٦/٢٧٨، ومغني ابن قدامة ٧/٥١.

والدليل على ذلك: قوله تعالى: ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[1].

ومن السنة ما جاء عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[2].

وفي رواية عن عكرمة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لها: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، فردتها، وأمره يطلقها.

قال ابن حجر: أجمع العلماء على مشروعيته: - يعني في هذا القسم - إلا أبا بكر بن عبدالله المزني التابعي قال: لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً، لقوله تعالى: ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾[3].

وادعى أن الآية في سورة البقرة منسوخة بآية النساء.

قال الفقهاء: هذا شاذ، ويرد عليه قوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾[4].

وبقوله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً﴾[5].

وبحديث ابن عباس السابق، قال ابن حجر: كأن الحديث لم يثبت

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٩.
(٢) رواه البخاري والنسائي، انظر: فتح الباري ٣٩٥/٩، ونيل الأوطار ٢٧٩/٦.
(٣) سورة النساء: آية ٢٠.
(٤) سورة النساء: آية ٤.
(٥) سورة النساء: آية ١٢٨.

عنده، أو لم يبلغه، وانعقد الإجماع بعده على اعتباره، وإن آية النساء مخصوصة بآية البقرة وآيتي النساء الآخرتين[1].

الحالة الثانية: يكون محرماً باتفاق الفقهاء:

ويكون محرماً باتفاق: إذا عضل الرجل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها من حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت، فهذا معصية ويعتبر من كبائر الذنوب.

ولكن هل يكون الخلع صحيحاً مع وقوع المعصية أو أنه باطل؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الخلع باطل والعوض مردود، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والهادوية[2].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن﴾[4].

ولأن ذلك إكراه على بذل العوض بغير حق، لم يستحق الزوج شيئاً منه، كالثمن في عقد البيع، وكالأجرة في عقد الإجارة.

وإذا بطل الخلع وقع الطلاق بغير عوض وله عليها الرجعة إذا لم يكن مكملاً للثلاث، لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض، فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة.

---

(١) انظر: فتح الباري ٩/٣٦٩.

(٢) انظر: تكملة المجموع ١٦/٦، ومغني ابن قدامة ٧/٥٤ و٥٥، والتاج المذهب ٢/١٧٧.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٤) سورة النساء: آية ١٩.

وهذا بناء على أن الخلع طلاق، وهو قول أكثر الفقهاء، وأما من اعتبره فسخاً فلم يقع شيء إذا لم ينوبه طلاقاً، وهذا بناء على أن الخلع بغير عوض لا يقع.

ثانيها: أن الخلع صحيح ويحرم أخذ العوض ديانة، ويجوز أخذه في الحكم والقضاء، وهذا مذهب الحنفية[1].

لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض ورضيت الزوجة به، والزوج من أهل الإسقاط والمرأة من أهل المعاوضة فيجوز ذلك حكماً.

ثالثها: أن الخلع يلزمه وتبين منه المرأة ويرد ما أخذ منها من العوض لأنه لا يحل له أخذه، وهذا مذهب المالكية[2].

واستدلوا بالأدلة السابقة التي استدل بها أصحاب القول الأول.

وعللوا لإمضاء الخلع عليه: بأنه أوقعه باختياره، فيكون كما لو خالعها بدون عوض.

والظاهر أن قول المالكية هو الراجح، لأن الله تعالى نهى عن أخذ شيء مما أوتين إذا لم توجد معصية من قبلهن، وهو يدل على عدم جواز أخذه ديانة وقضاء، وأما الفرقة فتكون ماضية، والله تعالى أعلم.

الحالة الثالثة: يكون مكروهاً:

ويكون مكروهاً، عندما تكون الحال بين الزوجين مستقيمة ولا يكره أحدهما الآخر، فيرى جمهور الفقهاء: أن الخلع صحيح مع الكراهة[3].

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٠٥/٥.
(٢) انظر: المنتقى للباجي ٦٤/٤ و٦٥.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٥٤/٧، وتكملة المجموع ٦/١٦.

وقال بعض الفقهاء: أنه حرام في هذه الحالة[1].

واحتجوا بعموم الأدلة الدالة على عدم جوازه عند وقوع المضارة بالمرأة. قالوا: يفهم منها أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف إقامة حدود الله، وإن ما عدا حالة الخوف يعتبر تعدياً لحدود الله، قال الله تعالى: ﴿تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾[2].

واحتجوا أيضاً بحديث ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»[3] فهذا يدل على تحريم المخالفة لغير حاجة.

والظاهر: أنه يجوز ذلك مع الكراهة، لأنه يستبعد أن توافق على دفع العوض مع وجود محبة لزوجها، فالظاهر: أنها لا تتحمل مشقة دفع المال إلا لوجود كراهة لزوجها، وتكون الفرقة بسببها، ويكون ذلك جائزاً.

فإذا تحملت دفع المال لوجود مضايقة منه، فالخلع حرام في هذه الحالة ويكون المال مردوداً والخلع ماضياً، وهذا هو القول المختار من أقوال الفقهاء، كما تقدم بيان ذلك ، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: في أركان الخلع:

وهي بالإجمال ثلاثة: الصيغة، والعاقدان، والعوض.

الركن الأول: الصيغة، والكلام فيها في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: لا ينعقد الخلع بمجرد بذل المال.

فلو بذلت المرأة المال لأجل فرقتها فقبله الزوج من غير لفظ فلا يقع الخلع، كالنكاح، فلا يصح بالمعاطاة، فلا يقوم قبض المال مقام الإيجاب،

---

(١) نقل هذا القول عن ابن المنذر وداود الظاهري ورواية عن الإمام أحمد، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٤.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٣) رواه أبو داود والترمذي والدارمي وابن ماجه وغيرهم وقال الألباني صحيح، انظر: إرواء الغليل ٧/١٠٠.

ويدل على ذلك أيضاً: ما جاء في حديث ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لثابت: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، فإنه يدل صراحة على اعتبار اللفظ.

وقال بعض الفقهاء: تقع الفرقة بمجرد بذل المال.

ونقل ذلك عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه وابن شهاب والحسن البصري وإبراهيم النخعي وغيرهم(١).

واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لزوج ثابت بن قيس: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فأمره أن يأخذ حديقته ولا يزداد(٢).

فهذا يدل على أن الخلع يتم بمجرد قبول المال ولا يحتاج إلى تلفظ.

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، لأن الأمر بالفرقة قد ذكر في روايات كثيرة أصح وأشهر من هذه الروايات وزيادة الثقة مقبولة، فعدم ذكرها لا يدل على نفيها، لأن القصة واحدة فاقتصر بعض الرواة على ذكر بعضها.

□ □ □

الفرع الثاني: في بيان ألفاظ الخلع:

وهي قسمان: صريح، وكناية.

القسم الأول: الصريح، وهو: ثلاثة ألفاظ.

١ ـ الخلع، لأنه ثبت له العرف.

٢ ـ المفاداة، لأن القرآن ورد بها.

٣ ـ الفسخ، لأنه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع، فإذا قال: خالعتك، أو فاديتك، أو فسخت نكاحك، وقع الخلع من غير نية، لأنه صريح فلا يحتاج إلى نية.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٥٨/٧.

(٢) رواه ابن ماجه، وفي إسناده صدوق وبقيتهم من رجال الصحيح، انظر: نيل الأوطار ٢٧٧/٦.

إلا أن بعض الفقهاء قال: إن لفظ الفسخ كناية في الخلع وليس صريحاً فيه، وهذا قول في مذهب الشافعية[1].

وفي قول لهم في الخلع: أنه ليس بصريح وإنما هو كناية[2].

القسم الثاني: الكناية، وهو ما عدا هذه الألفاظ الثلاثة، مثل: بارأتك أو أبرأتك، أو أبنتك، ونحو ذلك، فلا يقع الخلع إلا إذا نوى.

إلا أن بعض الفقهاء قال: إذا قامت قرينة حال وقع الخلع بها وإن لم ينو، مثل: لو طلبت منه الخلع، وبذلت العوض فأجابها بكناية الخلع صح من غير نية، لأن دلالة الحال تغني عن النية[3].

□ □ □

الفرع الثالث: نوع فرقة الخلع، هل هي فسخ أو طلاق؟

١ ـ اتفق الفقهاء على أن الفرقة بمقابل عوض إذا كانت بلفظ الطلاق فهي طلاق، كما لو بذلت المرأة مالاً في مقابل طلاقها فقبل ذلك وطلقها.

ـ واختلفوا فيما إذا كانت بلفظ الخلع أو ما في معناه.

١ ـ فيرى بعضهم: أنها تكون طلاقاً، وتنقص عدد الطلقات سواء نوى الطلاق أم لم ينوه، وحكمها حكم الطلاق الصريح إلا أنه يكون بائناً بينونة صغرى، وهذا ظاهر مذهب الحنفية والمالكية وقول في مذهب الشافعية والحنابلة[4].

وعللوا لذلك: بأن المرأة إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الرجل إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً.

(١) انظر: تكملة المجموع ٥٨/١٦، ومغني ابن قدامة ٥٩/٧.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٣٦٨/٣.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٥٧/٧.
(٤) انظر: المهذب ٧٣/٢، وبدائع الصنائع ١٩٠٩/٤، ومغني ابن قدامة ٥٦/٧، والمنتقى للباجي ٦٧/٤.

٢ ـ ويرى بعضهم: أن لفظ الخلع وما في معناه: يكون فسخاً ولا يكون طلاقاً إلا إذا نوى به الطلاق، يعني: أنه صريح في الفسخ كناية في الطلاق، وهذا قول في مذهب الحنابلة والشافعية ونقل ذلك عن جماعة كثيرة من فقهاء الصحابة والتابعين، ورجحه كثير من فقهاء الحنابلة كابن تيمية وابن القيم واختاره الشوكاني[1].

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، ثم ذكر بعد ذلك: الافتداء، ثم عقبه بقوله: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾.

فقالوا: ولو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا يحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع.

واحتجوا أيضاً بحديث الربيع بنت معوذ: أنها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن تعتد بحيضة[2].

قالوا: لو كانت فرقة الخلع فرقة طلاق لأمرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن تعتد بثلاث حيض، لأن هذه هي عدة المطلقة الحائض.

٣ ـ ويرى بعضهم: أن لفظ الخلع فسخ حتى ولو نوى الطلاق.

وهذا قول في مذهب الشافعية.

وعللوا لذلك بأن الخلع صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح، كالطلاق، لما كان صريحاً في فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية في الظهار.

---

(١) انظر: المصادر السابقة وبداية المجتهد ٢/٦٩، ونيل الأوطار ٦/٢٨٠، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣/١٠.

(٢) رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه، انظر: نيل الأوطار ٦/٢٧٧، وفي رواية عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة، رواه الحاكم في المستدرك وصححه، انظر: نصب الراية ٣/٢٤٤، قالوا: وهذا حجة على أن الخلع ليس بطلاق.

٤ ـ ويرى بعضهم: أن لفظ الخلع وما في معناه كناية في الطلاق، فإن نوى طلاقاً وقعت الفرقة، وإن لم ينو لم يقع شيء، وهذا قول في مذهب الشافعية[١].

وعللوا بأنه: كناية في الطلاق فلا تقع به فرقة إلا بالنية، سواء كانت في مقابل عوض أم لا، إلا أنها مع العوض تكون فرقة بائنة.

وخلاصة هذه المسألة: أنه إن خالعها بلفظ الطلاق، مثل أن يقول: طلقتها على كذا فتقبل، فهذا طلاق لا شك فيه، وكذلك إذا خالعها بكناية الطلاق ونوى به الطلاق.

وإن خالعها بلفظ من ألفاظ الخلع الصريحة، فمن قال إن الخلع طلاق سواء نوى به الطلاق أم لم ينوه كان طلاقاً بائناً، وينقص من عدد الطلاق.

ومن قال بأن الخلع فسخ فلا يقع طلاق ولا ينقص من عدده إلا إذا نوى به الطلاق، فيكون صريحاً في الفسخ، وكناية في الطلاق.

ومن قال: بأن الخلع فسخ فلا يكون طلاقاً، سواء نوى أم لم ينو وتكون فرقة بائنة ولا ينقص من عدد الطلاق مطلقاً.

ومن قال: إن الخلع كناية في الطلاق فإن نوى به طلاقاً وقع وإن لم ينو فلا يقع شيء.

والذي يبدو لي: أن الراجح من هذه الآراء ما يأتي:

إن تلفظ المخالع بالطلاق الصريح وقع طلاقاً بائناً بينونة صغرى، وإن تلفظ بكناية الطلاق أو بلفظ من ألفاظ الخلع أو الكناية ونوى بذلك الطلاق وقع طلاقاً بائناً أيضاً، وإن تلفظ بكناية الطلاق ولم ينوه فلا يقع شيء، وإن تلفظ بصريح الخلع كان ذلك فسخاً ولم يكن طلاقاً، سواء نوى الخلع أم لم ينوه، لأنه تلفظ بصريح الخلع، وإن تلفظ بكناية الخلع ونوى به الخلع كان ذلك فسخاً، وإن لم ينو شيئاً لم يقع شيء، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: المهذب ٢/٧٣، ومغني المحتاج ٣/٢٦٨.

الركن الثاني: العاقدان، وما يشترط فيهما:

العاقدان هما الزوج والزوجة.

١ ــ يشترط في الزوج أن يكون ممن يصح طلاقه، فكل من صح طلاقه صحت مخالعته، فيصح الخلع من البالغ العاقل المختار، إلا قولاً في مذهب الحنابلة في الصبي الذي يعقل فيصح منه الخلع كما يصح طلاقه[١].

ويصح الخلع من السفيه، لأنه يصح طلاقه، وقد تقدم تفصيل ذلك في شروط إيقاع الطلاق، وكذلك يصح الخلع من المحجور عليه لسفه ولا أعلم خلافاً في ذلك.

٢ ــ ويصح خلع المريض مرض الموت، لأنه لو طلق بغير عوض لصح طلاقه فتصح مخالعته من باب أولى، لأنه لا يفوت على الورثة شيء بسبب خلعه، ونقل الاتفاق على صحة المخالعة في المرض، سواء كان المريض الزوج أم الزوجة أم هما معاً[٢].

وإنما اختلفوا في الميراث، هل تستحق الميراث منه أم لا؟[٣].

٣ ــ ويصح الخلع من الأب لزوج ابنه الصغير أو المجنون، لأنه يصح أن يزوجه فيصح أن يخالع أو يطلق عليه إذا لم يكن متهماً، كالحاكم يفسخ للإعسار ويزوج الصغير.

وكذلك يخالع الأب عن ابنته الصغيرة أو المجنونة.

وهذا مذهب المالكية وقول في مذهب الحنابلة، ونقل ذلك عن عطاء وقتادة، والأصح في مذهب الحنفية: أن الخلع يقع طلاقاً بائناً ولم يلزم المال، وتجوز المخالعة من الوصي في مذهب المالكية، لأن له الإجبار على الزواج[٤].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٨٦ و ٨٧.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٨٨ و ٨٩.

(٣) تقدم تفصيل ذلك في قسم الزواج في الحقوق المشتركة بين الزوجين.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣٤٨، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٨، ومغني ابن قدامة ٧/٨٧.

ولا يصح الخلع ولا الطلاق من الأب ولا من غيره في مذهب الشافعية وهو قول في مذهب الحنفية، ولا يملك ذلك إلا الحاكم[1].

واحتجوا بحديث ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[2]».

والقول الأول هو الراجح فيما يبدو، لأن الأب له ولاية الإجبار في الزواج باتفاق الفقهاء، فيعتبر مأذوناً له شرعاً في الفراق، كالحاكم، والله تعالى أعلم.

٤ ـ ويصح الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة، كما لو قال الأجنبي للزوج طلق امرأتك بألف فطلقها، وهذا منقول عن عامة الفقهاء[3].

وعللوا لذلك: بأنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح، كما لو قال: أسقط حقك وعلي ثمنه.

ولم ينقل خلاف في ذلك إلا عن أبي ثور فإنه قال: يقع الطلاق رجعياً ولا يستحق على السائل عوض، لأنه سفه من السائل.

٥ ـ ولا يصح للسفيهة المحجور عليها أن تخالع بشيء من مالها، سواء أذن لها وليها أم لم يأذن، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

وعللوا لذلك: بأنها ليست أهلاً للتصرف في مالها[4].

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٠/٦، ومغني المحتاج ٢٧٩/٣، وحاشية ابن عابدين ٤٥٧/٣.

(٢) رواه ابن ماجة وغيره، قال الألباني: يرتقي بمجموع طرقه إلى درجة الحسن، انظر: إرواء الغليل ١٠٨/٧.

(٣) انظر: تكملة المجموع ١٢/١٦، ومغني ابن قدامة ٨٥/٧، وحاشية الدسوقي ٣٤٧/٣، وخلع الأب ابنته الصغيرة، كالأجنبي، فإذا التزم المال نفذ الخلع، أما إذا لم يلتزم يقع طلاقاً بائناً ولم يلزم للزوج شيء، انظر: حاشية ابن عابدين ٤٥٨/٣.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٨٣/٧.

وأجاز المالكية مخالعتها إذا أذن لها وليها[1].

وقال الأولون رداً على ذلك: بأن الولي ليس له الإذن في التبرعات وهذا كالتبرع.

ويرى الحنفية: أنها إن خالعت على مال بدون طلاق فيكون طلاقاً بائناً ولا يلزم شيء من المال.

وإن خالعها بلفظ الطلاق الصريح بطل المال ووقع الطلاق رجعياً[2].

وقال فقهاء الحنابلة: إن خالعها بلفظ الطلاق وقع الطلاق رجعياً ولا يستحق شيئاً من المال.

وإن خالعها بلفظ الخلع صح الخلع، كالخلع بغير عوض.

وفي قول: إنه لا يقع الخلع.

وقال فقهاء الشافعية: يكون طلاقاً رجعياً، ولا يستحق شيئاً من المال ولم يفصلوا بين لفظ الخلع ولفظ الطلاق، وسبب الخلاف في ذلك: الخلاف في الخلع هل هو فسخ أم طلاق.

٦ ـ ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً، وكل من صح له أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله، ووكالته فيه ويجوز التوكيل مع تقدير العوض، ومن غير تقدير، لأنه عقد معاوضة فيصح كالبيع والنكاح، والمستحب التقدير، لأنه أسلم من الغرر والنزاع[3].

٧ ـ ويصح الخلع من غير حاكم، لعموم قوله تعالى: ﴿ولا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[4].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣٤٨.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٥٨.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٩٠، والمهذب ٢/٧٥.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

ولأنه قطع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى حاكم، كالإقالة والبيع، وهذا مذهب عامة أهل العلم[1].

ونقل عن الحسن البصري وابن سيرين أنهما قالا: لا يصح إلا بالحاكم وهو شاذ.

الركن الثالث: العوض وما يشترط فيه:

١ ـ لا يصح الخلع بغير عوض، فلو قالت المرأة للرجل: اخلعني، قال: قد خلعتك، أو قال لها: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت نفسي ولم تذكر عوضاً لم يكن ذلك خلعاً، ثم يكون كناية في الطلاق، فإن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً وإن لم ينوه لم يقع شيء.

وهذا قول في مذهب الحنابلة، ويقع في مذهب الهادوية طلاقاً رجعياً[2].

ـ ويرى الشافعية: أنه لو جرى الخلع بغير ذكر مال ونوى التماس قبول زوجته فقبلت بانت منه ووجب مهر المثل، لأن العرف جرى على ذلك فيرجع عند الإطلاق إلى مهر المثل، كالخلع بالمجهول.

وهذا هو الأصح في المذهب.

وإن قبلت ولم ينو التماس قبولها وقع طلاقاً رجعياً.

وكذلك لو نفى العوض، كما لو قال: خالعتك بلا عوض وقع طلاقاً رجعياً[3].

ـ ويرى الحنفية والمالكية، وهو المشهور في مذهب الحنابلة: أن الخلع إذا وقع بغير عوض كان نافذاً وتبين به المرأة ولا شيء عليها للزوج.

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٥/١٦، وحاشية الدسوقي ٣٤٧/٣، ومغني ابن قدامة ٥٢/٧.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٦٧/٧، والتاج المذهب ١٧٥/٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢٦٨/٣.

وعللوا لذلك: بأن الخلع قطع للنكاح، فيصح من غير عوض، كالطلاق.

ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصح كما لو كان بغير عوض.

ولأن الخلع من جانب الزوج إسقاط للملك وإسقاط الملك قد يكون بعوض، وقد يكون بغير عوض، كالإعتاق[1].

وهذا هو الراجح فيما يبدو، لما ذكروا من التوجيهات، وهو الأحوط والله تعالى أعلم.

وأما نوع الفرقة هل هي طلاق بائن أم فسخ، فهو على ضوء ما بينت في الفرع الثالث في الركن الأول، الذي هو الصيغة.

٢ ــ ويصح الخلع بالقدر الذي يتفق عليه الزوجان، ولو كان أكثر مما أعطاها من المهر، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾.

فإنه سبحانه وتعالى رفع الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بينهما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه فيجب العمل بإطلاق النص، ولأنها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها، وقد قال تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾.

وقال بعض الفقهاء: لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء التابعين[2].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨٩/٤ و١٩٠٧، وحاشية الدسوقي ٣٥١/٣، ومغني ابن قدامة ٦٧/٧.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٥٢/٧، وبدائع الصنائع ١٩٠٥/٤، وفي مذهب الهادوية أن العوض إن كان من الزوجة فلا يحل له أن يأخذ أكثر مما لزم في العقد، إلا إذا

واستدلوا بحديث ابن عباس: أن جميلة بنت سلول أتت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، فأمره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد[1].

ويبدو أن قول الجمهور هو الراجح، لعموم الآية في ذلك.

وأما الحديث فإنه يحمل على الأفضلية، وقد نقل جواز أخذ الزيادة عن كبار فقهاء الصحابة كابن عباس وابن عمر، وهم أدرى بما يقتضيه النص من غيرهم، والله تعالى أعلم.

هذا الخلاف من حيث الجواز وعدمه.

أما من حيث الأفضل، فقد قال جماعة من الفقهاء: أنه لا يكره أن يأخذ أكثر مما أعطاها، وقال جماعة منهم: أنه يكره ذلك، وهذا هو الأرجح فيما يبدو، عملاً بالحديث السابق، والله تعالى أعلم.

٣ ـ ويصح الخلع بالمجهول، وهذا قول أكثر الفقهاء.

كما لو قالت له: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، أو على ما في بطن غنمي أو على ما في نحلي، وهذا مذهب الحنفية والمالكيـة، وقول في مذهب الحنابلة[2]. فإن أمكنه أن يأخذ ما سمته له من المجهول فهو له على ما هوعليه، وإن تلف فلا شيء له غيره والخلع نافذ.

وعللوا لذلك: بأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء

= تبرعت بالزيادة من نفسها، وإن كان من غيرها فلا حد له، انظر: التاج المذهب ١٨٣/٢.

(١) رواه ابن ماجه وفي سنده رجل صدوق وبقيتهم من رجال الصحيح، انظر: نيـل الأوطار ٢٧٧/٦.

(٢) انـظر: بدائـع الصنائـع ١٩٠٠/٤، والمنتقى للبـاجي ٦٢/٤، ومغني ابن قـدامـة ٦١/٧.

والإسقاط تدخله المسامحة، ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح.

وإذا صح الخلع فلا يجب له مهر المثل، لأنها لم تبذل له ولا فوتت عليه ما يوجبه، وإنما هو الذي فوت على نفسه بقبوله ما بذلته له من المجهول.

وقال بعض الفقهاء: لا يصح الخلع، ولا شيء له، لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول، كالبيع، وهو قول في مذهب الحنابلة، والمعتمد عندهم هو القول الأول.

وقال بعض الفقهاء: يصح الخلع، ويجب له مهر المثل، وهذا مذهب الشافعية.

وعللوا لذلك: بأنه معاوضة بالبضع، فإذا كان مجهولاً وجب مهر المثل كالنكاح[1].

ويبدو أن القول الأول هو الراجح، لأن الخلع إسقاط، وليس فيه تمليك فلا يشبه البيع، والله تعالى أعلم.

٤ ـ ويصح الخلع على محرم يعلمان تحريمه، كالخمر والخنزير والميتة ولكن لا يستحق شيئاً، فيبطل العوض، وينفذ الخلع، فهو كالخلع بغير عوض، لأن المحرم ليس بمال، وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة.

وهو عند المالكية طلاق بائن سواء كان الخلع بلفظ الطلاق أم لا[2].

وأما الحنفية فيرون أنه إذا كان بلفظ الطلاق وبطل العوض كان طلاقاً رجعياً، بخلاف الخلع فإنه عندهم كناية في الطلاق، والكنايات مبينات.

بخلاف الطلاق على مال فإنه صريح وتثبت البينونة بتسمية المال، فإذا لم تصح التسمية كانت كالعدم ويكون الطلاق رجعياً[3].

---

(١) انظر: المصادر السابقة.
(٢) انظر: المنتقى للباجي ٤/٦٣.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٩٨ و١٩٠٩.

وتوسع الحنابلة في ذلك أكثر من الحنفية، فقالوا: إذا كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي.

وكذلك: إذا كان بلفظ الخلع أو كنايات الخلع ونوى به الطلاق، فإنه طلاق رجعي، لأن الكنايات مع النية كالصريح[1].

ويرى الشافعية: أنه يصح الخلع، وتبين المرأة سواء كان بلفظ الطلاق أم بلفظ الخلع، ويجب له عليها مهر المثل[2].

والظاهر: أن مذهب المالكية في هذه المسألة هو الراجح، بناء على ما رجحناه في المسألة الأولى من أن الخلع بغير عوض نافذ، فكذلك يكون في هذه المسألة لأن العوض إذا كان محرماً بطل العوض وكان وجوده كعدمه ونفذ الخلع، وصار: كالخلع بغير عوض، والله تعالى أعلم.

٥ ـ والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع، فإذا كان مكيلاً أو موزوناً لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه.

وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه.

وقال بعض الفقهاء: أنه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه قبل قبضه مطلقاً سواء كان مكيلاً أم موزوناً أم غير ذلك[3].

وهذا هو الصواب فيما يبدو، لأنه لو هلك قبل قبضه وكان من المثليات فله مثله، وإن كان غير مثلي فتجب قيمته.

٦ ـ ويجوز رد عوض الخلع بالعيب، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فيثبت فيه الرد، كالمبيع والصداق[4].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٧٣ و ٧٤.
(٢) انظر: تكملة المجموع ١٦/٢٥.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٦٦.
(٤) انظر: المهذب ٢/٧٤.

المطلب الرابع: في أحكام تتعلق بالخلع:

١ ــ الخلع فرقة بائنة، ولا رجعة للزوج فيها على زوجته إلا بمهر جديد وعقد جديد إذا أرادت ذلك، سواء كان الخلع فسخاً أم طلاقاً، وسواء كان بلفظ الخلع أم بلفظ الطلاق، وهذا مذهب عامة فقهاء الأمصار.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليهما فيما افتدت به﴾.

فإنه لا يكون فداء إلا إذا خرجت المرأة من عصمة الرجل وسلطانه، أما إذا كان له الرجعة عليها فهي لا زالت تحت قبضته وحكمه.

ولأن المقصود من الفداء هو إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر ولم يكن للافتداء فائدة[1].

وهناك أقوال لبعض الفقهاء شاذة لا يعتمد عليها ولا يلتفت إليها، وإنما نذكرها للعلم لا للعمل، منها ما يأتي:

أ ــ قال ابن حزم الظاهري: أن الخلع طلاق رجعي، إلا أن يطلقها ثلاثاً، أو تكون غير موطوءة، فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ويرد ما أخذ منها إليها[2].

ب ــ نقل عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا: إن الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة.

ج ــ وقال أبو ثور: إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض.

وإن كان بغير لفظ الطلاق فلا رجعة له عليها.

وهذه أقوال شاذة، وما ذكروا من الأدلة عليها فهي غير معتبرة والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٥٩/٧، وتكملة المجموع ٣١/١٦، والتاج المذهب ١٩٣/٢.
(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٥٨٤/١١، مسألة ١٩٨٢.

٢ ــ المختلعة لا يلحقها طلاق حتى ولو كانت في العدة، سواء كان الفراق بلفظ الطلاق أم بلفظ الخلع، لأن فرقة الخلع بائنة، والبائنة لا يلحقها طلاق، كالمطلقة قبل الدخول، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

ويرى الحنفية: أن المعتدة من طلاق بائن أو خلع يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة، لأن العدة من آثار الزواج، ولأنها لا زالت مقيدة فهي ممنوعة من الخروج والبروز، وكأن الحل لم يزل كله فلا يزول الحل كله إلا بالطلقات الثلاث[2].

ونقل هذا القول عن جماعة من فقهاء التابعين منهم: شريح وطاووس والنخعي والثوري[3].

٣ ــ إذا كانت الفرقة بلفظ الخلع وما في معناه، تكون فسخاً عند بعض الفقهاء، ولا تنقص من عدد الطلاق ولو خالعها مائة مرة، وتقدم تفصيل ذلك عند الفقهاء في الفرع الثاني في الركن الأول من أركان الخلع.

٤ ــ لا يسقط شيء من الحقوق الزوجية بسبب الخلع سواء كان بلفظ الطلاق أم بلفظ الخلع أم بلفظ البراءة.

فإن خالعها قبل الدخول وسمى لها مهراً فلها نصفه، وإن كان قبل التسمية فلها المتعة، وتجب لها سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح من النفقة وغيرها، سواء نص عليها أم لم ينص عليها، وأما الحقوق الثابتة بينهما بغير سبب النكاح فلا تسقط من باب أولى.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

وقال أبو حنيفة: يسقط بالخلع إذا كان ببدل المهر إذا كان هو البدل،

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٥، وتكملة المجموع ١٦/٣١.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٧٠.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٩.
(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٦.

وإن كان البدل غير المهر يسقط كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية، والمبارأة عنده مثل الخلع، لأن الخلع في معنى المبارأة، والإبراء إسقاط، فكأن كل واحد من الزوجين أسقط ما على الآخر من الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه.

وقال أبو يوسف في المبارأة مثل قول أبي حنيفة، وقال في الخلع لا يسقط إلا ما سميا، لأن المبارأة صريحة في إيجاب البراءة.

وقال محمد بن الحسن: لا يسقط في الخلع والمبارأة إلا ما سميا لأن الخلع طلاق بعوض فأشبه الطلاق على مال[1].

هذا الخلاف في الخلع، أما الطلاق على مال فلا خلاف بينهم من أنه لا يسقط شيئاً من الحقوق التي وجبت بسبب النكاح، وكذلك الحقوق التي وجبت بغير سبب النكاح، كالوديعة والدين ونحو ذلك فلا تسقط لا بالخلع ولا بالمبارأة إلا إذا نص عليها فإنها تكون من ضمن البدل.

٥ ــ يصح الخلع في الحيض، ولا يكون ذلك بدعة، لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة، والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج، والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة، فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما[2].

أحكام الخلع في قانون الأسرة اليمني:

بينت المادة ٧٠ تعريف الخلع بأنه: فرقة بين الزوجين في مقابل عوض من الزوجة أو من غيرها مالاً أو منفعة ولو كان بأكثر مما يلزم بالعقد أو كان مجهولاً.

ومن هذا التعريف يتضح أن القانون أخذ بمذهب جمهور الفقهاء وهو أن الفرقة على مال تكون خلعاً سواء كانت بلفظ الخلع أم بلفظ الطلاق.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٠٧ و١٩٠٨.
(٢) انظر: المهذب ٢/٧٢.

ونصت **المادة ٧١** على شروط جواز الخلع بالجملة فقالت: يتم الخلع بالرضا بين الزوجين أو ما يدل عليه عقداً كان أو شرطاً.

ويشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق، وأن تكون الزوجة جائزة التصرف بالنسبة للعوض، ولا يشترط فيها النشوز.

ونصت **المادة ٧٢** على أن الخلع يعتبر طلاقاً بائناً بينونة صغرى ما لم يكن مكملاً للثلاث فبائناً بينونة كبرى، ويجب في الخلع الوفاء بالبدل.

وهذا يتفق مع مذهب جمهور الفقهاء بأن الخلع طلاق بائن وينقص من عدد الطلاق حتى ولو كان بلفظ الفسخ، ويتضح من ذلك أن القانون يأخذ بمذهب جمهور الفقهاء في الغالب.

الفصل الثالث

في أحكام الظهار

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول
في معناه وحكمه

أ ـ معنى الظهار:

الظهار: بكسر الظاء، وهو قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي.

وإنما خص الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء، لأنه محل الركوب غالباً، لذلك سمى المركوب ظهراً، فشبهت الزوجة بذلك، لأنها مركوب الرجل[1].

ب ـ أما حكمه فهو حرام[2].

والدليل على تحريمه قول الله تعالى: ﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم

---

(١) انظر: فتح الباري ٤٣٢/٩، ونيل الأوطار ٢٩١/٦.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٣٣٣/٧، وفتح الباري ٤٣٣/٩.
وكان الظهار طلاقاً في الجاهلية وكذلك الإيلاء، فكانوا يطلقون بثلاث، الظهار والإيلاء والطلاق، فأقر الله سبحانه وتعالىٰ الطلاق طلاقاً وحكم في الإيلاء والظهار بما بين في القرآن، وذكر ابن حجر حديثاً عن ابن عباس قال: كان الظهار في الجاهلية يحرم النساء، فكان أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت وكانت امرأته خولة، انظر: فتح الباري ٤٣٣/٩، وذكر العلماء: أن ظهار أوس بن الصامت من زوجته خولة هو الذي كان سبباً لنزول أحكام الظهار في سورة المجادلة، وإن التي جادلت النبي صلى الله عليه وآله وسلم في زوجها هي خولة زوج أوس.

ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾[1].

ومعنى ذلك أن الزوجة ليست كالأم في التحريم وإن هذا القول منكر وكذب وافتراء يترتب عليه العقاب من الله تعالى.

ويصح الظهار من كل زوج صح طلاقه، وهو البالغ العاقل المختار.

ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره، كالطفل وزائل العقل والمكره، وهناك خلاف في وقوع الظهار من المكره والسكران مبني على الخلاف في وقوع الطلاق منهما[2].

ويصح الظهار ولو من ذمي في مذهب الشافعية والحنابلة لعموم الآية[3].

ويرى الهادوية والحنفية والمالكية: أنه لا يصح منه، لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم، لأنها عبادة فلا تصح منه كسائر العبادات[4].

المبحث الثاني

في مسائل من أحكام الظهار

١ ـ إذا قال الرجل لزوجته أنت علي كظهر أمي: فهذا صريح في الظهار، فيقع الظهار بمجرد النطق به، سواء نوى أم لم ينو، ونقل الاتفاق

---

(١) سورة المجادلة: آية ٢.

(٢) تقدم تفصيل ذلك في الطلاق ويصح الظهار من العبد، لأنه يصح طلاقه.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٣٣٨/٧، ونهاية المحتاج ٧٧/٧.

(٤) انظر: التاج المذهب ٢٤٣/٢، وحاشية ابن عابدين ٤٦٦/٣، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٧، وهذا هو الراجح فيما يبدو.

على ذلك، وكذلك إذا قال: أنت مثل ظهر أمي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة على[1].

٢ ـ وإذا شبه امرأته بغير أمه ممن تحرم عليه على التأبيد، كما لو قال لامرأته: أنت علي كظهر أختي أو غيرها من المحارم كعمته وخالته فهذا ظهار صريح، سواء كانت المحرمات من النسب أم من الرضاع أم من المصاهرة كالربائب وأم الزوجة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء لأن العلة هي التحريم المؤبد فالمحرمات على التأبيد يشبهن الأم[2].

وقال بعض الفقهاء: إن الظهار يختص بالأم، فمن شبه امرأته بغير أمه من المحارم لم يكن ظهاراً، وهذا مذهب الهادوية والظاهرية، إلا الجدة، قال ابن حزم: إنها مثل الأم[3].

واستدلوا بالآية، فقالوا: إن الله تعالى لم يذكر إلا الظهر من الأم فقط، وكذلك حديث خولة التي ظاهر منها أوس.

والظاهر أن الأمهات من غير النسب يدخلن في عموم الآية وكذلك غيرهن من المحارم يدخلن بالمعنى، والله تعالى أعلم.

٣ ـ وفي تشبيه الأم بمن تحرم تحريماً مؤقتاً قولان للفقهاء أيضاً.

أحدهما: أنه ظهار، لأنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم، وهذا قول في مذهب الحنابلة والمالكية.

ثانيهما: أنه ليس بظهار، لأنها غير محرمة على التأبيد، وهذا قول أكثر الفقهاء، وهو الراجح فيما يبدو[4].

---

(١) انظر: المصادر السابقة والمحلى ٢٥٤/١١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٦٦/٣، وبداية المجتهد ١٠٥/٢، ومغني ابن قدامة ٣٤٠/٧.

(٣) انظر: المحلى ٢٥٤/١١، والتاج المذهب ٢٤٤/٢.

(٤) انظر: المصادر السابقة، ونهاية المحتاج ٧٨/٧، والظاهر أنه يكون ظهاراً صريحاً إذا شبه الجزء الثابت منها بالظهر فإن شبهه بغيره فهو كناية.

٤ ـ ويكون مظاهراً إذا شبه عضواً من امرأته بمن تحرم عليه، كما لو قال: ظهرك أو رأسك أو رجلك كظهر أمي، فهو مظاهر كما لو شبه بجملتها وهذا قول مالك وهو الأظهر في مذهب الشافعية ورواية عن الإمام أحمد، ويرى الهادوية والحنفية: أنه يكون مظاهراً إذا شبهها بجزء مشاع منها كنصفها أو ثلثها، كما لو قال: وجهك كوجه أمي أو رأسك أو رقبتك أوفرجك، لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن بخلاف الأصبع أو الرجل فلا يكون مظاهراً بذلك[1].

وقال بعض الفقهاء: لا يكون مظاهراً إلا إذا شبه جملتها بظهر من تحرم عليه.

٥ ـ وإذا شبهها بغير ظهر من تحرم عليه، كما لو قال: أنت كيد أمي، أو بطنها أو صدرها أو فخذها ونحو ذلك من الأعضاء الثابتة فهو ظهار، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، وهو الأظهر في مذهب الشافعية، لأنه عضو يحرم التلذذ به فكان كالظهر، وهو صريح في الظهار في مذهب الحنفية، قال الكاساني: لو قال أنت كبطن أمي أو فخذ أمي أو فرج أمي، فهذا ظهار، أو قال: أنت علي كظهر أمي على السواء، لأنه يجري مجرى الصريح[2].

وقال المالكية: إنه كناية، لأن ما لم يتضمن ذكر الظهر فهو كناية[3].

وقال بعض الفقهاء: إنه ليس بظهار، لأنه ليس على صورة الظهار المعهودة، وهذا مذهب الظاهرية، وهو قول في مذهب الشافعية.

والظاهر: أن القول بأنه كناية هو الراجح، وإن مرد ذلك إلى النية.

٦ ـ وإن قال لامرأته: أنت علي كأمي، فهذا كناية في الظهار، فإن

---

(١) انظر: المصادر السابقة وبدائع الصنائع ٥/٢١٢٩.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢١٢٦، ونحو ذلك من كل عضو يحرم النظر إليه من محارم أو أجنبية.
(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٧.

نوى به الظهار فهو ظهار، وإن نوى الكرامة والتوقير أو أنها مثلها في الكبر أو الصفة فليس بظهار، والقول قوله في نيته.

وهذا مذهب عامة الفقهاء[1].

٧ ـ وإذا قال: أنت علي حرام، فهو على حسب نيته من ظهار أو طلاق أو يمين[2].

٨ ـ وإذا شبهها بظهر رجل، كما لو قال: أنت علي كظهر أبي أو أخي أو ابني فلا يكون ذلك ظهاراً عند أكثر الفقهاء لا صريحاً ولا كناية لأن الظهار عرفاً موجب بالشرع والشرع إنما ورد فيها إذا كان المظاهر به امرأة، ولأنه ليس بمحل للاستمتاع[3].

وقال بعض الفقهاء: أن ذلك ظهار.

وهذا هو الصواب في مذهب المالكية، لأن الأب والابن محرمان[4].

٩ ـ وإن شبهها بمحرم، كما لو قال: أنت علي كالميتة أو الدم، أو ككل شيء حرمه الكتاب، فقال بعض الفقهاء بأنه ظهار، وهو قول في مذهب المالكية والحنابلة، وقال بعضهم ليس بطلاق ولا ظهار ولا بإيلاء، والصحيح في مذهب الحنفية: أنه كناية في الطلاق أو الإيلاء دون الظهار، فإن لم ينو شيئاً يكون لغواً، كما لو قال: عنيت به الكذب[5].

وقال بعض الفقهاء: إنه كناية، مثل قوله: أنت علي حرام فيكون على حسب نيته من طلاق أو ظهار أو يمين، وهذا قول في مذهب الحنابلة

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٤٤٣، ومغني ابن قدامة ٧/٣٤٢، والمهذب ٢/١١٣.
(٢) تقدم تفصيل ذلك في حكم الحلف بالطلاق.
(٣) انظر: المهذب ٢/١١٣، ونهاية المحتاج ٧/٧٨، وبدائع الصنائع ٥/٢١٣٠، ومغني ابن قدامة ٧/٣٤١.
(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٤٤٢.
(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٦٧، وبدائع الصنائع ٥/٢١٢٧.

والحنفية، وهو الصواب فيما يبدو، والله تعالى أعلم[1].

١٠ ـ وإذا حرم الرجل امرأته ولم ينو شيئاً، فقال بعض الفقهاء: هو ظهار، وقال بعضهم: هو يمين، وقال بعضهم: أنه لغو.

والظاهر أنه يمين، ويدل على ذلك ما جاء عن ابن عباس أنه قال: إذا حرم الرجل امرأته فهي يمين يكفرها[2].

وروي عن ابن عمر أنه قال ذلك.

١١ ـ وإذا قالت المرأة لزوجها: أنت علي كظهر أبي لم تكن مظاهرة. وهذا لا خلاف عند أئمة الفقهاء.

ونقل عن جماعة من التابعين منهم الزهري والأوزاعي والحسن بأنه ظهار، وليس عليها كفارة أيضاً عند الجمهور، لأنه ليس بظهار.

وفي رواية عن الإمام أحمد واعتمدها كثير من أصحابه بأنها يلزمها الكفارة وإن كان ليس بظهار، قالوا: لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور، واحتجوا أيضاً بأن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي، فسألت أهل المدينة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأفتوها بأن تعتق رقبة[3].

والظاهر: أنه ليس بظهار وليس عليها كفارة إلا إذا نوت اليمين فعليها كفارة يمين، والله تعالى أعلم.

١٢ ـ لا يصح الظهار من الأجنبية، فلو قال لامرأة معينة أو غير معينة: متى تزوجتها فهي كظهر أمي أو كل امرأة تزوجتها فهي كظهر أمي فلا يثبت فيها حكم الظهار، لأنها ليست بزوجة، ولأن الله سبحانه وتعالى

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٦٧.

(٢) روى ذلك عنه البخاري ومسلم، انظر: إرواء الغليل ٧/١٧٥.

(٣) روى ذلك الأثرم بإسناد عن عائشة، انظر: المصدر السابق، ومغني ابن قدامة ٧/٣٨٤.

قال: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ والأجنبية ليست من نسائه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

ويرى الحنابلة والمالكية: أنه ظهار فإذا تزوجها فلا يحل له أن يطأها حتى يكفر، وبهذا قال جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين[2].

واستدلوا بقضاء عمر بذلك وهو أنه قال في رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي كظهر أمي قال: عليه كفارة الظهار[3].

ويبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن المراد بالنساء في الآية الزوجات، والإضافة تفيد التخصيص، والله تعالى أعلم.

١٣ ــ يصح الظهار مؤقتاً، كما لو قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي شهراً، فلا يحل له أن يستمتع بها في ذلك الشهر حتى يكفر، فإذا زال الشهر زال الظهار وتحل له بعده بلا كفارة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

وقال بعض الفقهاء: لا يكون ذلك ظهاراً، لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً، وهذا لم يطلق، وهذا قول في مذهب الشافعية.

وقال بعضهم: يصح التأقيت، ويكون ظهاراً مؤبداً، لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة، فإذا وقته لم يتوقت، كالطلاق وهذا مذهب المالكية وقال به بعض فقهاء التابعين[5].

ومذهب الجمهور هو الراجح فيما يبدو.

ودليلهم حديث سلمة بن صخر وفيه قال: ظاهرت من امرأتي حتى

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢١٢٨/٥، ونهاية المحتاج ٧٨/٧، والتاج المذهب ٢٤٣/٢.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٣٥٤/٧، وحاشية الدسوقي ٤٤٣/٢.

(٣) رواه أحمد ومالك بسند رجاله ثقات، قال الألباني فيه ضعف، انظر: إرواء الغليل ١٧٦/٧.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٣٤٩/٧، والمهذب ١١٤/٢، والتاج المذهب ١٤٦/٢.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي ٤٤٠/٢، ومغني ابن قدامة ٣٤٩/٧.

ينسلخ شهر رمضان، وأخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه أصاب فيه فأمره بالكفارة[1].

فأمره بالكفارة لأنـه لم يلتزم بما تقيـد به فوطىء زوجته في رمضان، ولأن الله سبحانه وتعالى أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فيه فلم يعد فلا تجب عليه كفارة، لأنه لم يعد في الوقت الذي ظاهر فيه، والله تعالى أعلم.

وهناك تفريعات للفقهاء من حيث تعليق الظهار بالشرط أو بالوقت على نحو ما مر في الطلاق[2].

المبحث الثالث

في أحكام تترتب على الظهار

- يحرم على المظاهر وطء امـرأته حتى يكفـر، لقول الله عـز وجل: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيـام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾[3].

ويحرم الوطء قبل التكفير سواء التكفير بالإطعام أم بغيره.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

واستدلوا بحديث ابن عباس أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليـه وآله

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه ورواه أيضاً كثير من الأئمة منهم الدارمي وابن ماجه وغيرهما وقال الألباني صحيح، انظر: إرواء الغليل ١٧٦/٧، ونيل الأوطـار ٢٩٠/٦ و ٢٩١.

(٢) وهناك تفصيل ذلك يكتفي بالرجوع إليه.

(٣) سورة المجادلة: آية ٣.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٣٤٧/٧، والمهذب ١١٥/٢، ونهاية المحتاج ٨٢/٧، وبدائع الصنائع ٢١٢٣/٥، وحاشية الدسوقي ٤٤٥/٢.

وسلم وقد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر، فقال: «ما حملك على ذلك يرحمك الله؟» قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله»[1].

وقالوا أيضاً: يقاس الإطعام على الصوم والعتق الذين ورد النص فيهما.

وقال بعض الفقهاء: أنه يباح قبل التكفير بالإطعام.

وقال بذلك أبو ثور من فقهاء الشافعية، وهو رواية عن الإمام أحمد.

واستدلوا بظاهر الآية، لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله.

والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح لحديث ابن عباس فإنه يبين مجمل الآية.

ـ وتحرم أيضاً القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

واستدلوا بعموم الآية، فإن المس فيها المنهي عنه قبل التفكير يشمل الوطء ومقدماته.

وقال بعضهم: إن المباشرة فيما دون الفرج لا تحرم، قياساً على الحائض[2].

والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح لأن حرمة المظاهر منها تعم جميع بدنها، وأما الحائض فيحرم الاستمتاع بمكان الأذى فقط لورود النص المبين لذلك.

---

(١) رواه الخمسة إلا أحمد وصححه الترمذي، انظر: نيل الأوطار ٢٩٣/٦، وفي رواية أن الرجل هو سلمة بن صخر قال الألباني: والحديث بطرقه وشواهده صحيح، انظر: إرواء الغليل ١٧٩/٧.

(٢) انظر: المصادر السابقة وبداية المجتهد ١٠٩/٢.

ـ وقد نقل الإجماع على تحريم الوطء قبل التكفير بالعتق والصوم، فمن فعل ذلك كان عاصياً لربه ومخالفاً لأمره وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط عنه لا بموت ولا بطلاق ولا غير ذلك حتى يكفر، وتحريم زوجته باق عليه حتى يكفر، والواجب عليه عند جمهور الفقهاء، كفارة واحدة.

وقال بعض الفقهاء: تلزمه كفارتان، كفارة للوطء، وكفارة للظهار[١].

والظاهر أنه لا تجب عليه إلا كفارة واحدة لحديث ابن عباس وفيه أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يأمر الرجل ـ سلمة بن صخر عندما وطىء قبل التكفير إلا بكفارة واحدة، وعليه التوبة والاستغفار أيضاً والعزم على أن ألا يعود حتى يكفر[٢].

ـ والمراد بالعود في قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾، هو العزم على وطئها عزماً مؤكداً، لأن ما قاله المظاهر يقتضي تحريم الوطء ثم نقض هذا القول واستباح الوطء وأعاد إلى التحليل، والعود إلى التحليل يكون بإرادة الوطء والعزم عليه بعد فعل الكفارة، وتفسير العود بهذا المعنى هو مذهب الحنفية والهادوية والمالكية وقول في مذهب الحنابلة وهو قول قديم للإمام الشافعي[٣].

ـ ويرى الشافعية: أن معناه: إمساك المرأة المظاهر منها بعد الظهار زمناً يمكنه طلاقها فيه، لأن ظهاره منها يقتضي إبانتها فإمساكها عود فيما قال.

ـ وقال بعض الفقهاء: إن العود هو الوطء فمن وطىء لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك، إلا أن الكفارة شرط لحل الوطء فيؤمر من أراده ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٣٨٣/٧، وبدائع الصنائع ٢٣٤/٥، والمصادر السابقة، وهناك قول شاذ لبعض الفقهاء أن الكفارة تسقط لأنه فات وقتها وهو باطل.

(٢) ومن عجز عن الكفارة حرم عليه الوطء وإن خاف العنت، وقال بعضهم: يجوز ويجب أن يقتصر على ما يدفع به خصوص العنت، انظر: نهاية المحتاج ٨٢/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢١٣١/٥، وحاشية الدسوقي ٤٤٦/٢، والتاج المذهب ٢٤٨/٢، ومغني ابن قدامة ٢٥٤/٧، ونهاية المحتاج ٨١/٧.

وهذا قول أكثر فقهاء الحنابلة ونقل عن الحسن البصري والزهري.

ويرى ابن حزم الظاهري: أن العود هو تكرار اللفظ مرة أخرى، فإذا عاد لفظ الظهار مرة أخرى وجبت عليه الكفارة وإلا فلا تجب عليه إذا ظاهر بلفظ واحد، لأن العود في اللغة فعل الشيء مرة ثانية[1].

والظاهر أن ما رآه الحنفية ومن معهم هو الراجح، لأنه يتفق مع نص القرآن.

وأما تفسيره بالإمساك بعد الظهار، فيجاب عليه بأن الظهار ليس بفرقة وإنما هو تحريم للاستمتاع مع بقاء العصمة.

وأما تفسيره بالوطء فيجاب عليه بأن الوطء لا يصح إلا بعد الكفارة فلا يستقيم هذا المعنى ولا يتفق مع الآية الكريمة.

وأما تفسيره بتكرار اللفظ فلا يصح، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمر سلمة بن صخر وأوس بن الصامت بالكفارة من غير إعادة اللفظ[2].

---

(١) انظر: المحلى ٢٥٤/١١، ونقل ذلك أيضاً عن داود الظاهري.

(٢) قصة سلمة بن صخر تقدمت في حديث ابن عباس وغيره.

وأما قصة أوس بن الصامت فقد جاءت من عدة طرق منها: ما جاء من طريق عروة بن الزبير عن عائشة قالت: تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى عليّ بعضه وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تقول: أكل شبابي ونثرت له بطني حتى إذا كبر سني وانقطع له ولدي ظاهر مني، اللهم إني أشكو إليك فما برحت حتى نزل جبريل عليه السلام بالآيات. وفي رواية عن خولة نفسها قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «يعتق رقبة»، قالت: لا يجد، قال: «فيصوم شهرين متتابعين»، قالت: إنه شيخ كبير وما به من صيام، قال: «فليطعم ستين مسكينا»، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: فأتي ساعتئذ بعرق من تمر، قلت: يا رسول الله أعينه بعرق آخر، قال: «قد أحسنت اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك؟» قال: والعرق ستون صاعاً، رواه أبو داود وابن الجارود وابن حبان والبيهقي وأحمد وابن ماجه والحاكم، قال الألباني: وجملة القول، أن الحديث بشواهده صحيح، انظر: إرواء الغليل ١٧٣/٧ و١٧٥.

ـ وتجب على من ظاهر من زوجته الكفارة، وقد بينتها الآيات في سورة المجادلة، وهي عتق رقبة لمن وجد، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فليطعم ستين مسكيناً.

ـ ويشترط في الرقبة أن تكون مؤمنة ككفارة القتل، حملاً للمطلق على المقيد، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

وقال بعض الفقهاء: لا يشترط أن تكون مؤمنة، لإطلاق الآية.

وهذا مذهب الحنفية والثوري ورواية عن الإمام أحمد[2].

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، ويؤيد ذلك حديث معاوية بن الحكم قال: كانت لي جارية ترعى غنماً لي فصككتها صكة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فعظم ذلك علي قلت: يا رسول الله أفلا أعتقها؟ قال: ائتني بها، فأتيته بها فقال لها: أين الله؟ فقالت في السماء، قال: من أنا؟ قالت: أنت رسول الله، قال: اعتقها فإنها مؤمنة[3].

فيفهم من الحديث على أنها لو لم تكن مؤمنة لا تجزىء في الإعتاق[4].

ـ ويشترط في صوم الكفارة الواجب على من لم يجد أن يعتق رقبة أن يكون متتابعاً، فمن صام بعض الشهر وقطعه لغير عذر وجب عليه استئناف الشهرين، وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء.

ـ فإن أفطر الصائم لعذر لا يمكن التحرز منه، كالحيض في كفارة القاتلة أو المرض الذي لا يمكن الصوم معه فلا يقطع التتابع، لأنه أفطر

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/١١١، والمهذب ٢/١١٥، ومغني ابن قدامة ٧/٣٥٩، والتاج المذهب ٢/٢٤٩.
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٧٣، ومغني ابن قدامة ٧/٣٥٩.
(٣) رواه مسلم، انظر: شرح النووي ٢/١٧٣ و ١٧٥.
(٤) واشترط جمهور الفقهاء أن تكون الرقبة سليمة من العيوب، ولم يشترط الظاهرية ذلك.

لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع، كإفطار المرأة للحيض والظاهر أن ذلك لا خلاف فيه.

واختلف الفقهاء في المرض غير المخوف وفي السفر المباح.

فيرى أكثرهم: إنه يقطع التتابع[1].

وقال بعضهم: لا يقطع التتابع، لأنه عذر مبيح للفطر، فلا يقطع التتابع كإفطار المرأة للحيض والمرض المخوف.

والظاهر أن القول بقطع التتابع هو الراجح، لأن الأصل وجوب التتابع، وإباحة الفطر في رمضان لأجل السفر لا يدل على أن التتابع لا ينقطع إلا إذا كان لسبب لا صنع له فيه ولا يستطيع الصوم معه فلا ينقطع التتابع، وفي مذهب الشافعي الجديد: إن المرض يقطع التتابع، ويحمل على ما يمكن الصوم معه، والله تعالى أعلم[2].

ـ ويقطع التتابع وطء المظاهر منها في ليالي الصوم. وهذا قول أكثر الفقهاء.

وقال بعضهم: لا يقطع التتابع، لأنه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها، وهذا مذهب الشافعية ورواية عن أحمد[3].

والظاهر أنه يقطعه، لأن الله يقول: ﴿فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾، فأمر بصيامهما خاليين من الوطء، ومن لم يأت بهما على ما أمر لم يجزه، كما لو وطىء نهاراً، والله تعالى أعلم.

ـ ويشترط في الكفارة بالإطعام: أن يطعم ستين مسكيناً، ولا يجزىء دفعها لأقل من ستين مسكيناً.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٧٧، والمصادر السابقة.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٦٥.
(٣) انظر: المهذب ٢/١١٨، ومغني ابن قدامة ٧/٢٦٧، وبداية المجتهد ٢/١١١.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

واستدلوا بالآية قالوا: إنها نصت على ستين مسكيناً ولا يحصل الامتثال لما أمر الله إلا باستيعابهم، وكذلك الأحاديث الواردة في ذلك فإنها تدل على ما تدل عليه الآية، فإذا كررنا الكفارة على عشرة مساكين أو على مسكين خرجنا عن المعنى المتبادر من الآية والأحاديث بغير دليل يوجب الرجوع إليه وذلك لا يصح.

ويرى الحنفية: أنه لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً أجزأه.

قال صاحب الهداية: وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه، لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره[2].

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، عملاً بالآية والأحاديث.

ـ وأما القدر الذي يستحقه كل مسكين فهو مد من غالب قوت البلد من بُر أم من شعير أم من تمر ونحو ذلك، وهذا قول الشافعية وجماعة من الفقهاء[3].

وفي مذهب الحنابلة: أنه يستحق مداً من بُر أو نصف صاع من غيره[4].

واستدلوا بحديث خولة، وفيه أنه أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً، قالت خولة، وأنا سأعينه بعرق آخر، فكانت الجملة ثلاثين صاعاً.

---

(١) انظر: المهذب ١١٨/٢، ومغني ابن قدامة ٣٦٨/٧، ولا يلزمه التتابع في الإطعام ولو وطىء في أثناء الإطعام لا تلزمه إعادة ما مضى عند الجمهور خلافاً للمالكية، انظر: المنتقى للباجي ٤٦/٤.

(٢) انظر: فتح القدير ٢٧١/٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٦٦/٣، ومغني ابن قدامة ٣٦٩/٧.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٣٦٩/٧، وفي مذهب المالكية أن لكل مسكين مداً وثلثي مد من بر أو عدل ذلك ما يشبع من غيره، انظر: حاشية الدسوقي ٤٥٤/٢.

ويرى الحنفية: أنه يستحق نصف صاع من بر أو صاع من غيره[1].

واستدلوا بحديث سلمة بن صخر وفيه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له: «اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقل له فليدفعها إليك فأطعم عنك منها وسقاً من تمر ستين مسكيناً ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك»[2].

واستدل الشافعية ومن معهم بحديث المجامع الذي أعطاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم خمسة عشر صاعاً، وقال له تصدق به.

وإذا كان كل قول من أقوال الفقهاء له دليل فالأخذ بالأكثر أحوط، والله تعالى أعلم.

- ويرى جمهور الفقهاء: أن الواجب في إطعام المساكين تمليك كل إنسان منهم القدر الواجب له، فلو غداهم أو عشاهم لم يجزه، سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر، ولو غدى كل واحد منهم بمد لم يجزه إلا أن يملكه إياه[3].

ويرى الحنفية: أنه إن غداهم أو عشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوه أم كثيراً[4].

والظاهر: أنه لو أطعمهم القدر الواجب ووضع ذلك بين أيديهم أجزأه ذلك وهو الصحيح في مذهب الشافعية وقول في مذهب الحنابلة[5].

---

(١) انظر: فتح القدير ٢٦٨/٤.
(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وغيرهم وحسنه الترمذي، انظر: نيل الأوطار ٢٩١/٦.
(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٤٥٤/٢، والمهذب ١١٨/٢.
(٤) انظر: فتح القدير ٢٧١/٤، وقالوا: لا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع.
(٥) انظر: مغني المحتاج ٣٦٦/٣، ومغني ابن قدامة ٣٧٢/٧.

ـ ولا تجزىء القيمة في الكفارة بدل الإطعـام، وهذا مـذهب جمهور الفقهاء، واستدلوا بظاهر الآية فإنها لم تذكر الإطعام[1].

ويرى الحنفية: أن القيمة تجزىء بدل الإطعام، لأن المقصود من الإطعام دفع حاجة المسكين وهو حاصل بالقيمة[2].

ـ ومن قال لنسائه: أنتن علي كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً، فإن كن ثلاثاً فعليه ثلاث كفارات وإن كن أربعاً فعليه أربع كفارات.

لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق، وهذا مذهب الحنفية والشافعية وهو قول الشافعي الجديد[3].

ويرى الحنابلة وجماعة من فقهاء التابعين وهو قول مالك وقول الشافعي القديم: أن عليه كفارة واحدة، لأن يمينه واحدة وظهاره واحد فلم تلزمه إلا كفارة واحدة، كما لو حلف أن لا يلبس ولا يأكل ولا يدخل الدار فليس عليه إلا كفارة واحدة إذا حنث[4].

وإذا جعلنا الظهار كاليمين وجب كفارة واحدة، والله تعالى أعلم.

وأما إذا ظاهر منهن بكلمات، كما لو أفرد لكـل واحدة منهن ظهـاراً خاصاً بها فيجب عليه لكل ظهار تلفظ به كفارة عند عامة الفقهاء.

ـ ولا يجوز للمرأة إذا ظاهر منها زوجها أن تدعه يقربها حتى يكفر، لأن ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام حرام.

فإذا امتنع عن التكفير كان لها الحق بأن ترفع أمرها إلى الحاكم فيجبره على التكفير حتى يكفر ويطأ، لأن التحريم بالظهار ضرر عليها فيجب رفع

---

(١) انظر: المهذب ٢/١١٨، ومغني ابن قدامة ٧/٣٧٥.
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٧٩، وفتح القدير ٤/٢٦٨.
(٣) انظر: فتح القدير ٤/٢٥٦، والمهذب ٢/١١٥.
(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٣٥٧، والمنتقى للباجي ٤/٤١.

الضرر عنها، فإذا امتنع عن التكفير حبسه حتى يكفر أو يطلق[1].

ـ وإذا ظاهر من زوجته ثم كفر ثم ظاهر مرة أخرى وجبت عليه كفارة أخرى، وهذا لا خلاف فيه.

واختلفوا فيما إذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر على قولين.

أحدهما: أن عليه كفارة واحدة سواء كان في مجلس واحد أو مجالس، لأنها قد حرمت بالقول الأول فلم يثبت بالقول الثاني تحريماً ثانياً، كالطلاق الزائد على الثلاث.

وهذا مذهب الحنابلة والمالكية ونقل عن جماعة من الصحابة والتابعين وهو قول قديم للشافعي[2].

ثانيهما: إن كان في مجالس مختلفة أو في مجلس واحد وقصد الاستئناف فعليه لكل ظهار كفارة لأن الظهار أثبت حرمة مؤقتة مع بقاء الحل فصح الظهار الثاني، وإن كان في مجلس واحد وقصد التأكيد فعليه كفارة واحدة، وهذا مذهب الحنفية وهو الأظهر في مذهب الشافعية[3].

والظاهر أن قياس الظهار على اليمين هو الراجح، فتجب كفارة واحدة، والله تعالى أعلم.

ـ وقد اختلف العلماء فيمن حرم على نفسه شيئاً حلالاً، كالطعام والشراب فقال بعضهم: إنه لغو لا يجب فيه شيء، وقال بعضهم، فيه كفارة يمين[4].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٦٩، وبدائع الصنائع ٥/٢١٣٢، والتاج المذهب ٢/٢٤٨.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٣٨٦، وبداية المجتهد ٢/١١٣ و ١١٤.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٧١، ومغني المحتاج ٣/٣٥٨.

(٤) انظر: فتح الباري ٩/٣٧٣.

ـ ولا يجوز شيء من الكفارات إلا بالنية، لأنها عبادة، ولا تصح العبادات بدون نية[1].

أحكام الظهار في القانون اليمني ـ الأحوال الشخصية الشرعية ـ:

١ ـ أخذ القانون بمذهب الظاهرية والهادوية من حيث أن الظهار يختص بالأم من النسب فقط، فقال في المادة ٨٨: الظهار قول يتم بلفظ أو ما شاكله يشبه به الرجل زوجته التي تحته بأمه نسباً أو بجزء منها ويقع الظهار صريحاً أو كناية ويكون مطلقاً أو مؤقتاً.

٢ ـ وأخذ بمذهب جمهور الفقهاء من حيث أنه لا يصح من الأجنبية ولا من غير المسلم، فنصت المادة ٨٩: على أنه يشترط للظهار أن يكون من زوج مكلف مسلم لزوجته التي تحته.

وقال في نفس المادة: يشترط النية مع المنكح، فإن نوى غير الظهار لا تترتب أحكامه، والظاهر أنه تشترط النية إذا لم يكن الظهار صريحاً.

٣ ـ ونصت المادة ٩٠: على أن الظهار يكون بلفظه كقوله: ظاهرتك أو أنت مظاهرة، ويكون كناية، كأن يشبه الرجل زوجته بأمه أو بجزء منها، ويكون مؤقتاً كأن يقول ظاهرتك شهراً، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء.

٤ ـ ونصت المادة ٩١ على أن الظهار يقع ولو قيده بوقت أو شرط.

٥ ـ وأخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء في تحريم مقدمات الوطء كالتقبيل والمباشرة قبل التكفير، كما نصت المادة ٩٢ على ذلك.

٦ ـ ونصت المادة ٩٣ على أن التحريم لا يرتفع إلا بعد أداء الكفارة في الظهار المطلق، وعلى أنه إذا أتى الرجل زوجته قبل الكفارة فلا ينقض التحريم ويحرم عليه الاستمرار في الوطء حتى يكفر.

٧ ـ ونصت المادة ٩٤ على أن التحريم المؤقت والمشروط ينقضي بانقضاء الوقت أو وقوع المشروط ولا كفارة، أما قبل ذلك فتجب الكفارة.

---

(١) انظر: المهذب ٢/١١٩، ومغني ابن قدامة ٣٨٧/٧.

٨ ـ وذكرت **المادة ٩٥** على أن للزوجة طلب رفع التحريم عند الحاكم ويلزم الحاكم الزوج بالتكفير أو الطلاق وإلا حبسه حتى يكفر أو يطلّق.

٩ ـ وأخذ في **المادة ٩٦** بمذهب الحنفية والشافعية بتعدد الكفارات بتعدد النساء المظاهر منهن ولو بلفظ واحد.



الباب الثاني

في آثار فرقة الزواج

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول

في أحكام العدة

وفيه عشرة مباحث

المبحث الأول

في تعريف العدة وحكمها

أ ـ تعريف العدة:

العدة لغة بكسر العين: الإحصاء، يقال: عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء.

وقال صاحب المصباح: وعدة المرأة أيام إقرائها، مأخوذ من العد والحساب، وقيل تربص المدة الواجبة عليها[1].

وتعريفها شرعاً: اسم لمدة معلومة تتربص فيها المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو الموت لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[2].

ب ـ حكمها:

والعدة واجبة، والأصل في وجوبها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[3].

---

(١) انظر: المصباح المنير ٢/٤٧٠.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/٣٠٧، ومغني المحتاج ٣/٣٨٤، وكشاف القناع ٥/٤٧٦.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

وقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾(١).

وقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾(٢).

بينت الآيات أنواع المعتدات الأربع، المطلقات ذوات الحيض، والمطلقات الآيسات، والمعتدات لوفاة أزواجهن، وأولات الأحمال.

وأما السنة فمنها ما جاء في حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في السكنى والنفقة، فقالت: فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة وأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم(٣).

ومنها حديث أم حبيبة قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول على المنبر: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث إلى على زوج أربعة أشهر وعشراً»(٤).

ومنها حديث سبيعة وفيه: أن زوجها توفي عنها وهي حامل فلما وضعت جاءت تستفتي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في عدتها قالت: فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج إن بدا لي(٥).

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء على وجوب العدة في الجملة وإنما اختلفوا في بعض أنواعها نبينها في محلها إن شاء الله تعالى(٦).

---

(١) سورة الطلاق: آية ٤.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٣٤.

(٣) رواه البخاري ومسلم وهذا لفظ مسلم، انظر: فتح الباري ٩/٤٧٧، وشرح النووي ٣/٦٦٣.

(٤) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٩/٤٨٤، وشرح النووي ٣/٧٠٧.

(٥) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٩/٤٧٠، وشرح النووي ٣/٧٠٥.

(٦) انظر: مصادر الفقهاء السابقة، ومغني ابن قدامة ٧/٤٤٨، وبداية المجتهد ٢/٨٩، والبحر الزخار ٤/٢١٠.

المبحث الثاني

فيمن تجب عليها العدة من النساء

تنقسم النساء من حيث وجوب العدة عليهن وعدم وجوبها إلى خمسة أقسام.

١ ـ المفارقة بطلاق أو فسخ قبل الدخول أو الخلوة:

فهذه ليس عليها عدة باتفاق الفقهاء[1].

والدليل على ذلك قول الله عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾[2].

ولأن العدة تجب لبراءة الرحم ورحمها بريء بيقين فلا تجب عليها عدة.

٢ ـ المفارقة بطلاق أو فسخ بعد الدخول:

فهذه تلزمها العدة، سواء كانت الفرقة بطلاق أو بلعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو بإعسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غير ذلك، لأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقة، وهذا مما لا خلاف فيه معتد به عند الفقهاء[3].

وكذلك المختلعة فإن عدتها مثل عدة المطلقة عند جمهور الفقهاء.

لعموم قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع.

---

(١) والخلاف بين الفقهاء هو في الخلوة بدون مس هل تجب بها العدة ويثبت بها التحريم ويجب بها المهر، تقدم تفصيل ذلك في الصداق والمحرمات من النساء.

(٢) سورة الأحزاب: آية ٤٩.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٤٩، ونهاية المحتاج ٧/١١٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٠.

وقال بعض الفقهاء: إن عدة المختلعة حيضة واحدة، ونقل ذلك عن جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين[1].

واستدلوا بحديث ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن تعتد بحيضة[2].

والظاهر أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، لأن الخلع يعتبر طلاقاً، فتعتد منه كغيره من الطلاق وسائر الفسوخات.

وأما حديث ابن عباس فقد قال المحدثون فيه: بأنه مرسل ضعيف، وهو أيضاً مخالف لسائر الروايات الصحيحة التي لم يذكر فيها الاعتداد بالحيضة.

٣ ـ المتوفى عنها زوجها قبل الدخول أو بعده:

فهذه تلزمها عدة المتوفى عنها، سواء دخل بها أم لم يدخل بها، وسيأتي تفصيل ذلك في بيان أنواع المعتدات ومقادير عدتهن بإذن الله تعالى.

٤ ـ الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد:

يرى عامة الفقهاء: أنها تعتد عدة الموطوءة بنكاح صحيح، لأن وطأها كالوطء في النكاح الصحيح في شغل الرحم ولحوق النسب[3].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٤٤٩/٧.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن غريب، انظر: نيل الأوطار ٢٧٧/٦، وبنحوه رواه الترمذي عن الربيع بنت معوذ وغيرها مرسلاً، انظر: إرواء الغليل ١٠٢/٧.

(٣) انظر: المصادر السابقة، وحاشية ابن عابدين ٥١٦/٣، وذكر ابن قدامة أنه يجوز لزوج الموطوءة بشبهة أن يستمتع بها فيما دون الفرج كالحائض وفي وجه لا يجوز ذلك، انظر: مغني ابن قدامة ٤٥٠/٧، وذكر بعض الفقهاء: أن من وطيء حرة أم أمة بشبهة استبرأها من هي تحته حفظاً للنسب، انظر: البحر الزخار ٢١٨/٤، يعني أنها لا تعتد عدة الموطوءة بنكاح صحيح وإنما تعتد بحيضة.

وذكر بعض فقهاء الحنفية: أنه لا عدة على الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد أي باطل، وهو ما كان مجمعاً على بطلانه: وقال بعضهم: والصواب ثبوت العدة والنسب[1].

٥ ـ الموطوءة بزنـا:

يرى جمهور الفقهاء: أنه ليس لها عدة، لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحق الزاني نسب، ولأن الولد إنما يكون للفراش[2].

ـ وقال بعضهم: تلزمها عـدة كاملة، كـالموطـوءة بشبهة وكـالمطلقـة المدخول بها.

وهذا مذهب المالكية وهو المشهور في مذهب الحنابلة، ونقل ذلك عن الحسن البصري والنخعي[3].

وعللوا لذلك: بأنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة.

وقال بعضهم: تستبرىء بحيضة واحدة، لأن القصد من ذلك التأكد من براءة الرحم من الحمل فيحصل ذلك بحيضة، كالاستبراء من السبي. ونقل ذلك عن مالك وهو رواية عن الإمام أحمد[4].

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأنها قد تحمل من الزنا ثم تتزوج وتلد لأكثر من ستة أشهر فيشتبه ولد الزوج بولد الزنا ويؤدي إلى الاختلاط في الأنساب وحفظ النسب واجب ولا يمكن حفظه إلا باستبراء الـرحم بثلاثـة أقراء بالنسبة للحرة، لأن اليقين ببراءة الرحم لا يحصل بالحيضة الواحدة،

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٠٣ و٥١٦.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٥٠، وتكملة المجموع ١٦/٦٠٦، وحاشية ابن عابدين ٣/٥٠٣، والبحر الزخار ٤/٢١٨.
(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٥، ومغني ابن قدامة ٧/٤٥٠.
(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٥٠.

والاستبراء بالحيضة خاص بالمسبيات، والله تعالى أعلم[1].

وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم في مذهب جمهور الفقهاء، لعموم الأدلة الواردة في ذلك.

ويرى الحنفية: أنه ليس عليها عدة إن لم تكن من مسلم، لأنها كافرة والكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة[2].

والظاهر أنه لا يجوز للمسلم أن يتزوجها إلا بعد أن تعتد سواء كانت مطلقة من مسلم أم من ذمي لوجوب حفظ النسب من الاختلاط ولا يمكن حفظ النسب إلا بتطبيق العدة المقررة[3].

المبحث الثالث

في أنواع العدة

وهي ثلاثة أنواع: عدة بالأقراء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل.

النوع الأول: العدة بالأقراء:

القَرْء: بفتح القاف وسكون الراء: الحيض، وجمعه أقراء، كفرخ

---

(١) وذكر الحنفية وهم ممن يقول: لا عدة على من زنت: إنه لو زنت المرأة فلا يجوز لزوجها أن يقربها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا فلا يسقي ماؤه زرع غيره، وخص بعضهم ذلك بمن تزوجها وهي حبلى من الزنا، أما المزني بها فلا تحرم على زوجها فله وطؤها بدون استبراء، انظر: حاشية ابن عابدين ٥٢٧/٣.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٤٤٨/٧، وحاشية ابن عابدين ٥٢٦/٣، وتستبرىء المسبية بحيضة عند جمهور الفقهاء ولا يجب استبراؤها عند الحنفية إلا إذا كانت حاملاً فلا يجوز وطؤها باتفاق الجميع للنهي الوارد عن ذلك، انظر: شرح صحيح مسلم ٦١٧/٣.

(٣) وكل معتدة من غير نكاح صحيح كالزانية أو الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد فيحرم نكاحها حتى على الواطىء، ورجح ابن قدامة أنه يصح نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها، لأن نسبه لا يحفظ عنه، أما إن كان الوطء بزنا فلا تحل له، لأن النسب لا يلحقه، فالواطىء يكون كغيره فلا يلحقه النسب، انظر: مغني ابن =

وأفراخ ويجمع أيضاً على أقرؤ، كأفلس، ويجمع على قـروء، كفلوس، وهو أيضاً: الطهر وهو من الأضداد[1].

والقرء في اللغة العربية يقع على الحيض والطهر جميعاً، فهو من الأسماء المشتركة، وقد اختلف الفقهاء في المراد بالقرء في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، على قولين.

أحدهما: أنه الطهر، فتكون عدة المطلقة المدخول بها التي تحيض ثلاثة أطهار، فلو طلقها وقد بقي من الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءاً، لأن الطلاق وقع في الطهر ولم يقع في الحيض ويكون آخر العدة إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث[2].

وهذا مذهب الشافعية والمالكية وقال به جماعة من الصحابة والتابعين وهو رواية عن الإمام أحمد[3].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾[4].

أي في وقت عدتهن، كما قال تعالى: ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾[5].

أي في يوم القيامة، ولأن الطلاق في الحيض محرم فينصرف الإذن إلى زمن الطهر وقالوا أيضاً: بأن القرء مشتق من الجمع، يقال: قرأت كذا في كذا إذا جمعته فيه، وإذا كان الأمر كذلك فيكون تفسيره بالطهر أحق من

= قدامة ٧/٤٨٣، ويصح نكاح الحامل من الزنا عند بعض فقهاء الحنفية، انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٥.

(١) انظر: مختار الصحاح ص ٥٥٢.

(٢) وفي قول: أن العدة لا تنقضي حتى يمضي يوم وليلة لاحتمال أن يكون دم فساد.

(٣) انظر: تكملة المجموع ١٦/٥٨٧، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٠، ومغني ابن قدامة ٧/٤٥٢.

(٤) سورة الطلاق: آية ١.

(٥) سورة الأنبياء: آية ٤٧.

الحيض لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم والحيض خروجه منه، ولأن الطلاق جعل في الطهر ولم يجعل في الحيض لئلا تطول العدة بالمرأة فتتضرر بذلك، لذلك احتسب الجزء اليسير من الطهر طهراً كاملاً[1].

ثانيهما: أنه الحيض، فمن طلقها في طهر فلا يحتسب ذلك الطهر من العدة ولا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيضات فإذا طهرت من الحيضة الثالثة انتهت عدتها.

وهذا مذهب الحنفية والهادوية وهو قول جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين[2] واستدلوا بعدة أدلة.

منها قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾.

فإن الله سبحانه وتعالى أمر بالاعتداد في هذه الآية بثلاثة قروء، ولو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث والآية تدل على وجوب الاعتداد بثلاثة أقراء كاملة ولو حملناه على الحيض لكان الاعتداد بثلاث حيض كوامل.

ومنها قوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾. فإنه نقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فدل ذلك على أن الأصل هو الحيض.

ومنها قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش: «إذا أتى قرؤك فلا تصلي، وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء»[3].

وفي حديث عائشة قالت: إن أم حبيبة كانت تستحاض فسألت النبي

---

(١) انظر: المصادر السابقة ومغني المحتاج ٣/٣٨٥، ونهاية المحتاج ٧/١٢٢.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٠٢، والتاج المذهب ٢/٢١١، والبحر الزخار ٤/٢١١، وهو مذهب الحنابلة أيضاً، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٥٢.
(٣) رواه بهذا اللفظ أبو داود والنسائي وفيه راو مجهول، انظر: عون المعبود ١/٤٦٢.

صلى الله عليه وآله وسلم فأمرها أن تدع الصلاة أيام أقرائها[1].

يدل هذان الحديثان على أن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض.

ويظهر لي أن القول الثاني هو الراجح، لأن دليله أوضح وأصرح من دليل القول الأول، ويرجح ذلك الأحاديث الواردة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بأنه استعمل القرء في الحيض.

وأما الآية التي استدلوا بها فليست صريحة في دلالتها على أن الطلاق يكون في نفس العدة وفسرها بعض العلماء: بأن معناها مستقبلات لعدتهن بناء على ما ورد في قراءة «في قبل عدتهن»، ولا يلزم أن يكون قبل الشيء جزءاً منه: وأما قولهم بأن المرأة تتضرر إذا كانت العدة بالحيض لأنها تطول بها فالظاهر أنه ليس فيها ضرر ولا إطالة وأنها قد تكون مستوية مع العدة بالأطهار، لأن العدة بالأطهار لا تنقضي إلا بالدخول في الحيض بعد الطهر الثالث، والعدة بالحيض تنتهي بمجرد الدخول في الطهر بعد الحيضة الثالثة، فيكون هناك تقارب بين العدتين، والله تعالى أعلم.

وتتضرر المرأة بالعدة حينما يطلقها زوجها الطلاق المحرم، كأن يطلقها وهي حائض، لأن الحيضة التي طلقت فيها لا تحسب من عدتها باتفاق الفقهاء[2].

لأنها لا تنقضي إلا بعد الدخول في طهر من الحيضة الثالثة غير الحيضة التي طلقت فيها إذا اعتدت بالحيض، وإذا اعتدت بالإطهار فلا تنقضي عدتها إلا بالدخول في الحيض بعد ثلاثة أطهار كاملة.

ـ وإذا اعتدت بالحيض انقضت عدتها بطهرها من الحيضة الثالثة بانقطاع دمها منها وإن لم تغتسل، لأن الله تعالى يقول: ﴿يتربصن بأنفسهن

---

(١) رواه أبو داود، وقال المنذري: حسن، انظر: المرجع السابق.
(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٥٥، وانظر أيضاً: تفسير النسفي ٢/٢٦٤.

ثلاثة قروء﴾، وقد كملت القروء، ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث ويصح منها الصوم ولا يحرم الطلاق وتسقط نفقتها وإن لم تغتسل وعلى ذلك فإنها تكون قد بانت ولا تصح رجعتها، وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة[1].

وقال بعضهم: لا تنقضي عدتها إلا إذا اغتسلت من الحيضة الثالثة وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة، وقال به جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين[2].

قال ابن قدامة: ووجه اعتبار الغسل: قول الأكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً، ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض.

والقول الثالث: التفصيل في ذلك، وهو أنه إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض فلا تنقضي إلا بالغسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل، لأن انقطاع الدم دون أكثر الحيض وهو عشرة أيام يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة، وإن انقطع لأكثر الحيض انقطعت العدة بمجرد انقطاع الدم وإن لم تغتسل لأن الدم العائد بعد أكثر مدة الحيض لا يعتبر حيضاً وإنما هو دم فاسد وهذا مذهب الحنفية[3].

والظاهر أن الأخذ بالقول الأول أولى وأحوط، لأن ظاهر الآية يفيد أن القرء ينتهي بانقطاع الدم وبانقطاع القرء الثالث تنقضي العدة.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٤٥٦/٧، قال ابن قدامة: وهو قول الشافعي.

(٢) انظر: المصدر السابق، قال بعض الفقهاء: أقل ما يمكن أن تعتد به الحرة بالأقراء اثنان وثلاثون يوماً وساعة وذلك بأن يطلقها في الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءاً ثم تحيض خمسة عشر يوماً وهو القرء الثاني ثم تحيض يوماً، ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثالث، وإذا دخلت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها، انظر: المهذب ١٤٤/٢.

(٣) انظر: فتح القدير ١٦٦/٤.

وأما امتناع الصلاة والمكث في المسجد ونحو ذلك قبل الغسل فلأن الحائض تكون بعد انقطاع الدم كالجنب فتمنع عن الصلاة ونحوها مما ورد في الامتناع عن فعله قبل الغسل نص، كالوطء فإنه ورد نص في عدم جوازه قبل الغسل وهو قوله تعالى: ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾[1].

فالتطهير في الآية هو الاغتسال، سواء على قراءة التخفيف أم على قراءة التشديد كما فسرها بذلك ابن عباس وغيره من المفسرين.

هذا بالنسبة للحرة، وأما الأمة فعدتها حيضتان أو طهران على نحو الخلاف السابق في عدة الحرة.

النوع الثاني: العدة بالأشهر:

وفي هذا النوع قسمان: عدة المتوفى عنها زوجها، وعدة من لا حيض لها من النساء.

ـ القسم الأول: عدة المتوفى عنها زوجها في نكاح صحيح:

فمن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة وهي أربعة أشهر وعشراً سواء دخل بها زوجها أم لم يدخل بها لقول الله عز وجل: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾.

ولحديث أم حبيبة قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول على المنبر: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[2].

وأما إن كان النكاح فاسداً فليس لها عدة إلا إذا دخل بها فتعتد بالأقراء إن كانت من ذوات الأقراء وإلا فثلاثة أشهر لأن القصد منها براءة

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٢.

(٢) تقدم الحديث في حكم العدة.

الرحم فقط. وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء[1].

قال العلماء: لم تخصص آية الوفاء بالمدخول بها كما خصصت عدة المطلقات بالمدخول بهن، لأن النكاح عقد عمر فإذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه[2].

وعدة المتوفى عنها بالأشهر ما لم تكن حاملاً فإذا كانت حاملاً فعدتها بوضع الحمل، وسيأتي تفصيل ذلك في النوع الثالث من أنواع العدة بإذن الله تعالى.

وعدة المتوفى عنها أربعة أشهر وعشراً إذا كانت حرة، وأما الأمة فعدتها على النصف من ذلك، والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال مع أيامها[3].

القسم الثاني: من لا حيض لها من النساء:

فإن كانت المرأة ممن لا تحيض ولا يحيض مثلها، كالصغيرة والكبيرة الآيسة أو التي انقطع حيضها بسبب غير الكبر فأيست من الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، لقول الله عز وجل: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن...﴾.

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء[4].

فإن كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة، لقوله تعالى: ﴿ويسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾[5].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٧٠، وفتح القدير ٤/٣١١، والمهذب ٢/١٤٦، والتاج المذهب ٢/٢٢٠.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٧٠.

(٣) وهذا قول عامة الفقهاء، إلا أنه نقل عن الأوزاعي أنه قال: يجب عشر ليال وتسعة أيام، لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام.

(٤) انظر: تكملة المجموع ١٦/٥٩٧، ومغني ابن قدامة ٧/٤٥٨ و٤٦١، وبدائع الصنائع ٤/١٩٩٩ و٢٠٠٦، والتاج المذهب ٢/٢١١، وبداية المجتهد ٢/٨٩.

(٥) سورة البقرة: آية ١٨٩.

وإن وقع الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالأهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً.

وإذا بلغت المرأة سناً تحيض فيه في الغالب، كخمس عشرة سنة ولم تحض اعتدت بثلاثة أشهر، كالصغيرة، وكالتي بلغت سن اليأس، وهي التي انقطع حيضها لكبر، ويختلف النساء في بلوغ سن اليأس، فمنهن من تبلغ سن اليأس في نهاية خمسين سنة ومنهن أكثر من ذلك.

هذا بالنسبة لعدة الحرة، وأما الأمة فعدتها على النصف من ذلك في قول كثير من الفقهاء، قياساً على الحد، لأن الشهور تتبعض بخلاف الأقراء فإنها لا تتبعض، لذلك كانت عدتها قرأين إن كانت من ذوات الأقراء[1].

النوع الثالث: العدة بوضع الحمل:

وتنتهي عدة الحامل بوضع الحمل لقول الله عز وجل: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾.

وكل مفارقة في الحياة أو متوفى عنها فعدتها بوضع الحمل، سواء كانت حرة أم أمة، وهذا لا خلاف فيه معتد به عند الفقهاء[2].

وتنتهي العدة بوضع الحمل ولو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل، ويجوز للمتوفى عنها زوجها أن تتزوج ولو كان زوجها على السرير لم يقبر وهذا قول عامة الفقهاء، لعموم الآية، ولحديث سبيعة وفيه: أن زوجها توفي عنها وهي حامل فلما وضعت جاءت تستفتي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

---

(١) وهذا مذهب الحنفية وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة، وقال بعضهم: تعتد بشهرين، لأن الشهور بدل من الأقراء، وقال بعضهم: تعتد بثلاثة أشهر.

(٢) وكذلك كل موطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد إذا حملت بالوطء، وهذا لا خلاف فيه معتد به إلا الزانية إذا حملت من الزنا فقال بعض الفقهاء ليس لها عدة فيجوز وطؤها وهي حامل من الزنا، انظر: نهاية المحتاج ١٢٧/٧، وتقدم تفصيل ذلك في مذهب الحنفية وغيره في من تجب عليها العدة من النساء.

في عدتها، قالت: فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج إن بدا لي[1].

ونقل عن ابن عباس والإمام علي رضي الله عنهما أنهما قالا: إن الحامل إذا توفي عنها زوجها فعدتها أبعد الأجلين ـ وضع الحمل أو مضي أربعة أشهر وعشراً أيهما كان خيراً تنقضي به العدة.

ووجه قولهما: أن الاعتداد بأبعد الأجلين جمع بين الآيتين لأن فيه عملاً بآية عدة الحمل إن كان أجل تلك العدة أبعد، وعملاً بآية عدة الوفاة إن كان أجلها أبعد فكان عملاً بهما جميعاً بقدر الإمكان، وهذا مذهب الهادوية[2].

وقد أجاب الجمهور على ذلك: بأن آية البقرة التي فيها الاعتداد بأربعة أشهر وعشر متقدمة والآية التي في سورة الطلاق التي بينت بأن اعتداد الحامل بوضع الحمل متأخرة فهي ناسخة للآية السابقة كما نقل ذلك عن ابن مسعود وغيره من الصحابة[3].

ويمكن أن يقال: أن آية البقرة خاصة بمن ليست بحامل وآية الطلاق عامة في كل حامل متوفى عنها أو غير متوفى عنها، والله تعالى أعلم.

وقول الجمهور هو الراجح: لأن حديث سبيعة السابق يبين ما أجمل في القرآن، وقد نقل الإجماع على العمل بحديث سبيعة، وقد نقل أيضاً عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجمهور لما علم بحديث سبيعة.

والحمل الذي تنقضي به العدة ما يستبين فيه خلق آدمي.

فإن وضعت مضغة فلا تنقضي بها العدة إلا إذا شهد أهل الخبرة بأنها

---

(١) تقدم الحديث في حكم العدة، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٧٣، ومغني المحتاج ٣/٣٨٨، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦١.

(٢) انظر: التاج المذهب ٢/٢٢٠، والسيل الجرار ٢/٣٩٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠١٠، ومغني ابن قدامة ٧/٤٧٣.

خلق آدمي، ولا تنقضي العدة بوضعها ما دون المضغة، كالعلقة لأنه يحتمل أن يكون حملاً ويحتمل أن يكون قطعة دم في رحمها[1].

قال الفقهاء: وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها لحديث عبدالله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك»[2].

المبحث الرابع

في انتقال العدة

تنتقل العدة تارة من الأشهر إلى الأقراء، وتنتقل تارة من الأقراء إلى الأشهر.

أ ـ انتقالها من الأشهر إلى الأقراء:

أما انتقالها من الأشهر إلى الأقراء فنحو الصغيرة التي لم تحض أو البالغ التي لم تحض إذا اعتدت بالأشهر فحاضت قبل انقضاء عدتها فإنه يلزمها

(1) ويرى الحنفية: أن العدة لا تنقضي بوضع المضغة، لأنه يحتمل أن يكون ولداً ويحتمل أن يكون دماً فيقع الشك في وضع الحمل فلا تنقضي العدة بالشك، وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة، انظر: المرجعين السابقين، والمهذب ٢/١٤٣.

(2) رواه البخاري ومسلم وهذا لفظ البخاري، انظر: فتح الباري ١١/٤٧٧، وانظر أيضاً المراجع السابقة، فإن وضعت حملاً لا يلحق بالزوج، كامرأة الطفل لم تعتد منه بوضع الحمل لأنه لا يمكن أن يكون منه وتعتد بالشهور عن الطفل بعد أن تضع الحمل سواء كان الحمل من زنا أو شبهة، لأنه لا يمكن أن تعتد من شخصين في وقت واحد، وفي مذهب الشافعية تعتد لوفاة الصبي بالشهور في حال الحمل إن كان الحمل من زنا لأن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور في أثناء الحمل. انظر: المهذب ٢/١٤٦. ويجوز الزواج بالحامل من الزنا عند أبي حنيفة ومحمد إلا أنه لا يجوز وطؤها حتى تضع، انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٠٠ و٢٠٠١.
فائدة: قال بعض الفقهاء: وتجب نية العدة والإحداد إذ لا عمل إلا بنية.
انظر: البحر الزخار ٤/٢٢٢.

استئناف العدة بالأقراء ولو حاضت قبل انتهاء عدتها بساعة، لأن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل، كالتيمم مع الماء، ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض بناء على أن القروء هي الحيض، أو بثلاثة أطهار بناء على قول من قال: بأن القروء هي الأطهار[1].

ب ـ انتقالها من الأقراء إلى الأشهر.

وأما انتقالها من الأقراء إلى الأشهر ففي حالتين:

الحالة الأولى: المعتدة من طلاق رجعي إذا مات زوجها فإنها تنتقل من العدة بالأقراء إن كانت من ذوات الحيض إلى عدة الوفاة فتستأنف عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً.

ونقل الاتفاق على ذلك.

وإذا مات مطلق البائن فإنها تبني على عدتها، ولا خلاف في ذلك أيضاً إلا إذا طلقها في مرض الموت فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة والمالكية ونقل عن جماعة من فقهاء التابعين، وهذا بناء على مذهبهم بأنها وارثة له فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية[2].

وقال بعض الفقهاء: أنها تبني على عدة الطلاق، لأنه مات وليست بزوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة.

وهذا مذهب الشافعية وهو قول ابن المنذر وأبي ثور وأبي عبيد والهادوية[3].

الحالة الثانية: إذا حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٦٥ و٤٦٦، وحاشية الدسوقي ٢/٤٧٣، والمهذب ٢/١٤٥، ونقل الإجماع على ذلك، انظر: البحر الزخار ٤/٢١٣.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/ ٤٧١، وحاشية الدسوقي ٢/٤٧٧.

(٣) انظر: المصادر السابقة، ومغني المحتاج ٣/٣٩٦، والبحر الزخار ٤/٢١٦.

تنتقل عدتها من الحيض إلى الأشهر، لأنها لما أيست صارت عدتها بالأشهر، لقول الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾، ولأن العدة لا تلفق من جنسين وقد تعذر إتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالأشهر[1].

المبحث الخامس

في بيان من ارتفع حيضها

إن كانت المعتدة من ذوات الأقراء فارتفع حيضها فلها حالتان:

الحالة الأولى: أن يرتفع حيضها لعارض معروف، كالمرض والرضاع، ففي هذه الحالة تنتظر حتى يعود الدم فتعتد بالأقراء وإن طالت المدة إلى أن تصير في سن اليأس، لأن الدم ارتفع بسبب يزول[2].

الحالة الثانية: أن يرتفع حيضها بسبب غير معروف، ففي هذه الحالة ثلاث آراء للفقهاء.

أحدها: أنها تمكث تسعة أشهر من انقطاع حيضها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر، كالصغيرة والآيسة، لأنها تكون من الآيسات فتعتد بعدتهن لقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾، ونقل ذلك عن جماعة من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فيكون ذلك

---

(١) انظر: المصادر السابقة، وبدائع الصنائع ٤/٢٠١٦ و ٢٠١٧ و ٢٠١٨. ولو طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها فإنها تستأنف العدة باتفاق، وإن طلقها قبل أن يمسها ففي ذلك قولان للفقهاء.
أحدهما: أنها تستأنف العدة، لأن الرجعة ردتها إلى النكاح الأول.
ثانيهما: أنها تبنى، كما لو نكحها وطلقها قبل المسيس، انظر: مغني ابن قدامة ٤٨٦/٧، وتكملة المجموع ٣٧/١٦. وانظر أيضاً: مغني ابن قدامة ٢٦٢/٧، وكذلك الخلاف في ما لو أردف المطلقة الرجعية بطلقة أو طلقتين بدون أن تتخلل ذلك رجعة.

(٢) فإذا صارت في سن اليأس اعتدت عدة الآيسات بالأشهر: انظر: مغني ابن قدامة ٤٦٥/٧، ومغني المحتاج ٣٨٧/٣، والتاج المذهب ٢١٢/٢، والبحر الزخار ٢١١/٤، ونقل الإجماع على ذلك.

كالإجماع، وهذا مذهب المالكية والحنابلة وهو قول في مذهب الشافعية[1].

ثانيها: أنها تمكث إلى أن تحيض أو تبلغ سن اليأس فتعتد عدة الآيسات لأن الاعتداد بالشهور جعل بعد اليأس فلم يجز قبله، وهذا مذهب الحنفية وهو قول الشافعي الجديد[2].

ثالثها: أن تمكث أربع سنين، لأنه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم في الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة، لأنه يعلم بها براءة الرحم في الظاهر فوجب أن تمكث أربع سنين وهي أكثر مدة الحمل[3].

والظاهر أن الرأي الأول هو الراجح، لأن انتظارها مدة الحمل يحصل به براءة الرحم في الغالب من الحمل والحيض فتعتد بالأشهر لعموم قوله تعالى: ﴿واللائي لم يحضن﴾، فإنها تعم كل من لا تحيض سواء كان لصغر أو لغيره، والله تعالى أعلم.

المبحث السادس

في أسباب وجوب العدة

١ ـ تجب على المفارقة بعد الدخول لاستبراء الرحم، لأنها لو لم تجب وتزوجت بزوج آخر وقد تكون حاملاً من الأول فيطؤها الثاني فيصير ساقياً لزرع غيره، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فقال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه ولد غيره»[4].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٤٧٠، والروض المربع ٢/٣١٧، ومغني ابن قدامة ٧/٤٦٦.

(٢) وهو مذهب الهادوية أيضاً، انظر: المصادر السابقة، وبدائع الصنائع ٤/٢٠٠٥، والمهذب ٢/١٤٤، والبحر الزخار ٤/٢١٢.

(٣) وهذا قول في مذهب الشافعية، انظر: المهذب ٢/١٤٤.

(٤) رواه أحمد والترمذي وغيرهما وصححه ابن حبان وحسنه البزار، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٤٥.

٢ ـ وتجب قضاء لحق النكاح الذي استوفى فيه المقصود.

٣ ـ وتجب للفرقة بالوفاة، وذلك في حق المتوفى عنها زوجها[١].

والحكمة منها: إعطاء فرصة للزوج ليراجع زوجته إن كان الطلاق رجعياً، وتقديراً لحق الزوج من التكريم والتقدير ولو بعد موته، وإذا لم تكن هذه الأسباب والحكم مقنعة فإنها حق لله تعالى تعبدنا بفعله فيجب علينا فعله سواء ظهر لنا سببه أم لم يظهر.

المبحث السابع

في وقت بداية العدة

إذا كانت الفرقة من نكاح فاسد فيرى بعض الفقهاء: أن العدة تبدأ من بعد تفريق القاضي بينهما أو المتاركة، أي إظهار العزم من الزوج على ترك وطئها[٢].

وقال بعضهم: تبدأ العدة من آخر وطء وقع من الرجل، لأن الوطء هو السبب الموجب للعدة[٣].

والظاهر أن القول بأن ابتداء عدة الموطوءة بنكاح فاسد أو شبهة من آخر الوطئات عند زوال الشبهة هو الراجح، لأنه لا يوجد عقد فلم يبق سبب للعدة إلا الوطء فتبدأ العدة من تركه.

وإذا كانت الفرقة من نكاح صحيح فإن العدة تبدأ من وقت وقوع الفرقة ولا يتوقف ابتداؤها على علم المرأة، وهذا مذهب عامة الفقهاء[٤].

وفرق الهادوية بين العاقلة الحائل وبين غيرها، فالمختار في مذهبهم إن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٩٦/٤ و١٩٩٩ و٢٠٠٠.

(٢) وهذا مذهب جمهور فقهاء الحنفية، انظر: حاشية ابن عابدين ٥٢٢/٣.

(٤) وهذا قول زفر من فقهاء الحنفية، انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: السيل الجرار ٣٩٧/٢.

عدة العاقلة الحائل تبدأ من حين علمها بالفرقة وأما عدة الحامل أو المجنونة فتبدأ من حين وقوع الفرقة[1].

ولم يفصل قانون الأسرة اليمني في ذلك فقد نصت المادة ٧٨ على أن العدة تبدأ من تاريخ وقوعها إلا إذا كانت المرأة غير عالمة بالفرقة فتبدأ عدتها من تاريخ علمها بها.

قال الشوكاني رحمه الله تعالى: إن هذه التفرقة لا تبنى على شرع مقبول ولا على رأي معقول ولم يرد في الكتاب والسنة ما يدل على أن المرأة لا تعتد إلا من وقت العلم بل ظاهر إطلاقات الكتاب والسنة أن العدة تبدأ من وقوع الموت أو الطلاق وإن تأخر العلم بهما، لأن المدة التي مضت بعد الوقوع وقبل العلم هي مدة من المدة المتعقبة لموت الزوج أو طلاقه فمن زعم أنه لا يحتسب بها فعليه الدليل.

ثم قال: والحاصل: أن العدة من وقت الوقوع على كل حال ولكل معتدة، ومن ادعى غير هذا فهي دعوى مجردة لا يعول على مثلها[2].

المبحث الثامن

في بيان مقام المعتدة والمكان الذي تعتد فيه

أما المكان الذي تعتد فيه فقد قال عامة الفقهاء: لا يجوز لها أن تخرج من موضع العدة من غير عذر سواء كانت السكنى واجبة على الزوج أم لا. لقوله تعالى: ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾[3].

ولحديث فريعة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لها: «امكثي

---

(١) انظر: التاج المذهب ٢/٢٢٣، والمصدر السابق.

(٢) انظر: السيل الجرار ٢/٣٩٧.

(٣) سورة الطلاق: آية ١. والمراد بالفاحشة: الإيذاء بالسب، وهذا قول أكثر الفقهاء والمفسرين، وقال ابن مسعود والحسن: أنها الزنا.

في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله»[1].

وذكر فقهاء الحنفية والهادوية: أنه لا يجوز للمطلقة البائن الخروج من موضع العدة لا ليلاً ولا نهاراً، لأن لها النفقة على مطلقها فلا تحتاج إلى الخروج من بيتها، وأما المتوفي عنها زوجها فلا تخرج ليلاً، ولا بأس أن تخرج نهاراً لحوائجها لأنها تحتاج إلى الخروج في النهار لاكتساب ما تنفقه على نفسها[2].

المبحث التاسع

في الإحداد وحكمه

أ ـ تعريفه:

الإحداد لغة مأخوذ من الحد وهو المنع، وحدت المرأة امتنعت عن الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها[3].

وعرفه الفقهاء بنحو هذا المعنى[4].

ب ـ حكمه:

وهو واجب على المعتدة المتوفى عنها زوجها باتفاق الفقهاء[5].

ومن الأدلة على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها حديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا يحل لامرأة مسلمة

---

(١) رواه الخمسة وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم. انظر: نيل الأوطار ٦/٣٥٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٢٨، والتاج المذهب ٢/٣١٩.

(٣) انظر: مختار الصحاح ص ١٤٢.

(٤) قال صاحب البدائع: وهو أن تتجنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتتجنب الكحل والدهن ولا تختضب ولا تتمشط ولا تلبس حلياً ولا تتشوف، انظر: ٤/٢٠٣٥.

(٥) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٧٢، وبدائع الصنائع ٤/٢٠٣٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٣، وتكملة المجموع ١٧/٢٢، والبحر الزخار ٤/٢٢٢.

تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»[1]. ويجب على الحادة أن تتجنب كل ما يدعو إلى النظر إليها من الزينة كالطيب والخضاب بجميع أنواعه ولبس الزينة من الحلي والثياب ونحو ذلك حتى تنتهي عدتها، وقد وردت أدلة كثيرة تدل على تحريم الزينة عليها منها ما يلي:

١ ـ حديث أم عطية قالت: كنا ننهى أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ولا نكتحل ولا نتطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب وقد رخص لنا عند الطهر إذا اغتسلت إحدانا من محيضها في نبذة من كست أظفار[2].

٢ ـ حديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في المتوفى عنها زوجها: «لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل»[3].

هذا حكم الإحداد بالنسبة للمتوفى عنها زوجها وهو واجب بالإجماع.

وقد اختلف الفقهاء في وجوبه على المطلقة البائن على قولين:

أحدهما: أنه لا يجب عليها إحداد، وهذا مذهب الشافعية والمالكية وهو قول في مذهب الحنابلة[4].

واستدلوا بحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال:

---

(١) الحديث رواه البخاري ومسلم وغيرهما تقدم في حكم العدة، وانظر: نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم، انظر: فتح الباري ٤٩١/٩، وشرح النووي ٧١١/٣، وفي رواية: «من قسط أظفار، والكست والقسط نوعان معروفان من البخور.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، انظر: نيل الأوطار ٣٣٢/٦، والممشق هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة والطين الأحمر، انظر: المهذب ٢/ ١٥٠.

(٤) انظر: مغني ابن قدامة ٥٢٧/٧، والمهذب ١٥٠/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٣.

«لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»، وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة الوفاة.

ثانيها: أنه يجب عليها، وهذا مذهب الحنفية والهادوية وهو قول في مذهب الحنابلة[1].

وعللوا لذلك: بأنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها، لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه، ولأن الإحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهاراً للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى في المطلقة البائن.

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأن قياس المطلقة البائن على المتوفي عنها قياس مع الفارق، لأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه، والله تعالى أعلم.

المبحث العاشر

في حكم نفقة المعتدة وسكنها

اتفق الفقهاء على أن المعتدة إذا كانت عدتها من طلاق رجعي على أن لها السكنى والنفقة، لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود[2].

واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس وفيه أن النبي صلى الله عليه وآله

---

(١) انظر: المصادر السابقة، وبدائع الصنائع ٤/٢٠٣٧، والتاج المذهب ٢/٢٢٧.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٦٠٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٤، والمهذب ٢/١٦٥، والروض المربع ص٣٢٣، والتاج المذهب ٢/٢١٨ و ٢٧٦.

وسلم قال: «إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كانت لزوجها عليها الرجعة»[1].

وقد اختلف الفقهاء في المعتدة لوفاة أو من طلاق بائن أو من فسخ هل لها النفقة والسكن، أو ليس لها نفقة ولا سكن أو أن لها النفقة دون السكن أو أن لها السكن دون النفقة أو أن هناك فرقاً بين المعتدة لوفاة أو بطلاق وغيره، هذه مجمل آراء الفقهاء في ذلك وفيما يلي تفصيلها مع بيان أدلة كل رأي:

١ ـ يرى الشافعية والمالكية وجماعة غيرهم من الصحابة والتابعين وقيل بأنه مذهب الجمهور، بأن المعتدة من طلاق بائن لها السكنى فقط دون النفقة إلا إذا كانت حاملاً فلها النفقة لأجل الحمل لا لنفسها[2].

واحتجوا لإثبات السكنى بقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾.

واحتجوا لإسقاط النفقة بمفهوم قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾[3].

فيفهم من هذا النص: أن غير الحامل لا نفقة لها، وإلا لما كان لتخصيصها فائدة، وأما المتوفى عنها زوجها فليس لها نفقة في مذهب الشافعية والمالكية لأن النفقة إنما تجب للتمكين من الاستمتاع وقد زال التمكين بالموت.

وأما السكنى فتجب لها في مذهب المالكية وهو قول في مذهب الشافعية، لحديث فريعة بنت مالك: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لها لما توفي زوجها: «اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً»[4].

---

(١) رواه النسائي وأحمد، وفيه ضعف، ولكن العلماء احتجوا به لكثرة طرقه، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٤٢.

(٢) انظر: المهذب ٢/١٦٥، وقوانين الأحكام ص ٢٦٤، ونيل الأوطار ٦/٣٤٠.

(٣) سورة الطلاق: آية ٦.

(٤) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد وصححه الترمذي.

وهناك قول في مذهب الشافعية أنه لا تجب لها، لأنه حق يجب لها يوماً فيوماً فلم تجب لها في عدة الوفاة كالنفقة[1].

٢ ـ ويرى الحنفية والناصر والإمام يحيى من أئمة آل البيت وعمر بن الخطاب وعمر بن عبدالعزيز والثوري وجماعة غيرهم: أن المعتدة من طلاق بائن لها السكنى والنفقة سواء كانت حاملاً أو غير حامل[2].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾.

وقالوا: بأن ابن مسعود رضي الله عنه قرأ: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم﴾، قالوا: بأن إحدى القراءتين تفسير للأخرى.

واحتجوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن[3] لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن﴾[4].

قالوا: بأن آخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾، يدل على وجوب النفقة والسكنى، لأن الزوجة إذا كانت محبوسة وممنوعة من الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت أو ضاق الأمر عليها وهذا لا يجوز، لأن قواعد الشريعة العامة توجب إزالة الضرر[4].

وردوا على حديث فاطمة بنت قيس الذي فيه التصريح بأنه لا نفقة ولا سكنى للمطلقة البائن، بأن عمر بن الخطاب رده وقال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا تدري أحفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة،

---

(١) وبناء على هذا القول فليس للمتوفى عنها زوجها نفقة ولا سكنى.
(٢) انظر: فتح القدير ٤/٤٠٣ و٤٠٤، ونيل الأوطار ٦/٣٤٠.
(٣) سورة الطلاق: آية ١.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٣٩ و٢٠٤٠.

قال الله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾[1].

وروي أيضاً بأن عائشة رضي الله عنها أنكرت حديث فاطمة بنت قيس، والإنكار الصادر من الصحابة على الحديث يبطل الاستدلال به أو أنه يحمل على غير ظاهره[2].

وقد صرح الأحناف بأن المعتدة لوفاة: لا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج، سواء كانت حائلاً أم حاملاً، لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان، فإذا مات الزوج انتقل ملك أمواله إلى الورثة فلا يجوز أن تجب النفقة والسكنى في مال الورثة[3].

٣ ــ ويرى الحنابلة: أن المعتدة بطلاق بائن لا نفقة لها ولا سكنى وذهب إلى ذلك إسحاق وأبو ثور، وروي عن ابن عباس والحسن البصري وعطاء، والشعبي وغيرهم[4].

واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في المطلقة ثلاثاً: «ليس لها نفقة ولا سكنى»[5].

وقالوا: إن هذا الحديث نص صريح في عدم استحقاق المطلقة البائن السكنى والنفقة، وقالوا: إن مما يؤكد ذلك: أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم.

ومذهب الحنابلة هذا في المعتدة بطلاق التي ليست حاملاً أما إذا كانت

---

(١) انظر: كلام عمر في صحيح مسلم ٦٩٩/٣ مع شرح النووي وسنن أبي داود ٣٨٨/٦، مع عون المعبود.
(٢) انظر: أيضاً إنكار عائشة ذلك في المرجعين السابقين.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٤٣/٤، وفتح القدير ٤٠٥/٤.
(٤) انظر: الروض المربع ص٣٢٣، ونيل الأوطار ٣٤٠/٦.
(٥) رواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه، انظر: شرح مسلم للنووي ٦٩٩/٣.

حاملاً وجب لها السكنى والنفقة والكسوة، لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾.

ونفقة الحامل للحمل نفسه لا لها، لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه وأما المتوفى عنها زوجها فلا نفقة ولا سكنى لها، سواء كانت حاملاً أو غير حامل، لأن مال زوجها انتقل إلى الورثة ولا سبب لوجوب النفقة عليهم، وإنما تجب النفقة من حصة الحمل لا من رأس مال التركة، فإن لم يكن له شيء فالنفقة على الوارث[1].

وهناك قول في مذهب الحنابلة: أن لها السكنى، لقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج﴾[2]. فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب ولأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمر فريعة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة، ولو لم يكن لها السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم[3].

٤ ـ ويرى الإمام الهادي والمؤيد بالله من أئمة الزيدية: أن المعتدة بطلاق بائن لها النفقة دون السكنى[4].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾[5].

وقوله تعالى: ﴿ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾[6].

ولأن الزوجة المطلقة بائناً محبوسة بسبب الزوج.

واستدلوا لعدم وجوب السكنى بقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث

---

(١) انظر: الروض المربع ص ٣٣٤.
(٢) سورة البقرة: آية ٢٤٠.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٥٢٢/٧.
(٤) انظر: التاج المذهب ٢٢٤/٢، ونيل الأوطار ٣٤٠/٦، وكذلك الكسوة.
(٥) سورة البقرة: آية ٢٤١.
(٦) سورة الطلاق: آية ٦.

سكنتم﴾. فإنه أوجب أن تكون حيث الزوج، ولا يكون ذلك في المطلقة البائن، لأنها تكون غير محرم له.

وكذلك المعتدة لوفاة فإنها تستحق النفقة دون السكنى لقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج﴾، فإن الآية كانت تشتمل على حكمين المدة والنفقة، فنسخت المدة وبقيت النفقة، لأن نسخ أحدهما لا يوجب نسخ الآخر[1].

وهذا مذهب الهادوية في المعتدة المتوفى عنها.

وقال الإمام زيد بن علي والمؤيد بالله: أنها لا سكنى لها ولا نفقة، لأن التركة أصبحت مال الوارث فلا تستحق منها شيئاً كالأجنبية[2].

٥ ـ ويرى الظاهرية: أن المعتدة من طلاق بائن والمتوفى عنها لا نفقة لها ولا سكنى سواء كانت حاملاً أم غير حامل.

واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في المطلقة ثلاثاً: «ليس لها سكنى ولا نفقة».

وقال ابن حزم: ولعمري لو لم يأت أثر لكان الواجب أن لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى، لأنها أجنبية ليست له بزوجة فلا حق لها في ماله لا في إسكان ولا في نفقة، والعدة شيء ألزمها الله تعالى إياها لا مدخل للزوج في إسقاطه ولا الزيادة فيه[3].

وكذا المعتدة من فرقة الزواج بالفسخ، فالكلام فيها من وجوب النفقة والسكنى لها وعدم وجوبها كالبائن بطلاق عند جمهور الفقهاء[4].

---

(١) انظر: نيل الأوطار ٦/٣٤٠، والبحر الزخار ٤/٢١٥.
(٢) انظر: التاج المذهب ٢/٤٧٠.
(٣) انظر: المحلى ١١/٧٠١ و ٧٠٤.
(٤) انظر: المهذب ٢/١٦٦، والروض المربع ٢/٣٢٣.

واشترط الحنفية والزيدية في الفرقة التي تكون بغير طلاق إذا كانت من جهتها أن تكون بغير معصية، أما إذا كانت بمعصية كردتها ونحو ذلك فإنها لا تستحق شيئاً[1].

وأما المعتدة بسبب الفرقة من نكاح فاسد فلا تستحق شيئاً عند عامة الفقهاء، لأنها لم تجب لها نفقة قبل الفرقة من هذا النكاح فبعدها من باب أولى[2].

إلا إذا كانت حاملاً فإن بعض فقهاء الشافعية صرح بأنها تستحق النفقة بناء على أن النفقة للحمل لا لنفسها.

الـــرأي المختـــار:

بعد أن عرضت آراء الفقهاء في هذه المسألة وتصفحت أدلتهم يظهر لي بعد ذلك أن الرأي الراجح فيها أنه ليس للمعتدة لطلاق بائن أو لفسخ أو لوفاة نفقة ولا سكنى إلا إذا كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى، وذلك لصريح حديث فاطمة بنت قيس فإنه متفق على صحته، وقد قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «ليس لها سكنى ولا نفقة»، وفي بعض الروايات أنه قال لها: «ليس لك نفقة ولا سكنى إلا أن تكوني حاملاً»[3].

وأما ما روي من الإنكار عليها من عمر بن الخطاب وعائشة وغيرهما، فإنها قد ردت على هذا الإنكار، فقالت: بيني وبينكم كتاب الله، يعني قوله تعالى: ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾[4]. وأي أمر يحدث بعد الثلاث[5].

ولأنها هي صاحبة القصة وهي أعرف بحالها وبنفسها من غيرها،

---

(١) انظر: فتح القدير ٤/٤٠٨، والتاج المذهب ٢/٢٧٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤٢، والمهذب ٢/٢٦٦.

(٣) رواه مسلم وأبو داود والنسائي وأحمد، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٣٩، وشرح مسلم للنووي ٣/٦٩٧.

(٤) سورة الطلاق: آية ١.

(٥) انظر: نيل الأوطار ٦/٣٣٩.

فيجب تقديم قولها لأن قولها صريح غير قابل للتأويل وقد أجمع العلماء على قبول خبر المرأة الصحابية حتى ولو بمفردها وكثير من الأحكام الشرعية ثابتة بخبر النساء منهن أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

وأما الآية التي ورد فيها النهي عن الإخراج من البيوت فإنه محمول على المطلقة الرجعية، بدليل قوله تعالى في آخر الآية: ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾، أي مراجعة ما دامت في العدة.

وأما الآيات التي ورد فيها الأمر بالإنفاق على الزوجات فالمراد بهن اللواتي في عصمة أزواجهن أو المطلقات الحوامل.

وإذا كنا رجحنا أن المعتدة البائن أو المتوفى زوجها لا سكنى لها ولا نفقة إن لم تكن حاملاً فإنها تعتد في بيتها فإن لم يكن لها بيت ففي بيت محارمها فإن لم يكن لها محارم فلتعتد في أي بيت أهله ثقات فإن احتاجت إلى الخروج ولم تجد أحداً ينفق عليها فلتخرج للضرورة لأن الله تعالى يقول: ﴿فاتقوا الله ما استطعتم﴾[1].

وقال تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾[2]. والله تعالى أعلم.

ما جاء في قانون الأسرة اليمني من أحكام في العدة:

نصت **المادة ٧٧** على أن العدة تجب عن طلاق أو فسخ أو موت.

ونصت **المادة ٧٨** على أن عدة الطلاق أو الفسخ لا تجب إلا بعد الدخول وتبدأ في الطلاق من تاريخ وقوعه، إلا أن تكون المرأة غير عالمة به فمن تاريخ علمها وتبدأ في الفسخ من تاريخ الحكم به، وتجب عدة الموت قبل الدخول وبعده وتبدأ من تاريخ علم المرأة بوفاة زوجها، ويجب الاستبراء في الدخول بشبهة، ويبدأ من تاريخ العلم بالمانع.

---

(١) سورة التغابن: آية ١٦.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٨٦.

وهذا خلاف ما عليه جمهور الفقهاء فإن الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد تعتد عندهم كالمفارقة في نكاح صحيح.

ونصت **المادة ٨٦** على أن الحامل من زنا تستبرىء بوضع الحمل وغير الحامل بحيضة إن كانت من ذوات الحيض وإلا فبثلاثة أشهر.

ونصت **المادة ٧٩** على أن عدة الحامل في جميع الأحوال بوضع جميع حملها متخلقاً وعدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل أربعة أشهر وعشراً.

وقد أخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها على أنها تعتد بوضع الحمل مطلقاً ولا تعتد بأبعد الأجلين.

ونصت **المادة ٨٠** على أن عدة المطلقة الصغيرة أو الآيسة ثلاثة أشهر.

ونصت هذه المادة على أن ذات الحيض تعتد بثلاث حيض[1].

ونصت هذه المادة أيضاً على أنه إذا انقطع الحيض لعارض تتربص ثلاثة أشهر فإن لم يعد فيها الحيض انقضت عدتها بها وإن عاودها خلالها استأنفت ثلاث حيض، وكذلك الصغيرة إذا بلغت خلال الثلاثة الأشهر فإنها تستأنف العدة ثلاث حيض.

وهذا خلاف ما عليه جمهور الفقهاء فإن الحيض إذا انقطع لعارض عندهم ففيها ثلاثة أقوال وليس هذا القول منها[2].

ونصت هذه المادة على أن عدة المستحاضة ثلاث حيض إن كانت ذاكرة لوقتها وعددها وإلا فبثلاثة أشهر، وذكرت هذه المادة أيضاً أن الزوج إذا توفي في أثناء العدة من طلاق رجعي استأنفت المرأة عدة الوفاة من تاريخ علمها بوفاة زوجها.

ونصت **المادة ٨٢** على أن المخالعة تعتد بحيضة إن كانت من ذوات

---

(١) بناء على أن الأقراء هي الحيض كما هو مذهب الحنفية والحنابلة وغيرهم.

(٢) تقدم تفصيل ذلك عند الفقهاء في بيان عدة من ارتفع حيضها ويعتبر الرأي الذي أخذ به القانون قولاً رابعاً في هذه المسألة.

الحيض وإلا فبثلاثة أشهر، وهذا خلاف ما عليه الجمهور فإنها عندهم كالمطلقة ونصت هذه المادة على أن المنكوحة بنكاح باطل كالمخالعة.

ونصت المادة ٨٣ على أن الأحوال التي تنقضي فيها العدة بالحيض يكون القول في ذلك للمرأة مع يمينها إذا ادعت المعتاد، فإن ادعت غير المعتاد حكم بالغالب في كل شهر حيضة[1].

(١) وذكرت المادة ٨٥ بأن المعتدة من طلاق بائن لا سكنى لها ولا نفقة سواء كانت بائنة بينونة صغرى أم بينونة كبرى، وهذا يتفق مع رأي الحنابلة ومن معهم.

الفصل الثاني

في أحكام نفقة الأقارب

وفيه ستة مباحث

المبحث الأول

في حكم نفقة الأقارب

اتفق الفقهاء على أن النفقة واجبة للقريب على قريبه في الجملة، وإنما اختلفوا فيمن تجب له من الأقارب وفي شروط وجوبها.

وقبل أن أذكر الأقارب الذين تجب لهم النفقة عند الفقهاء وشروط وجوبها أذكر بعض الأدلة الدالة على وجوب النفقة بالإجمال من الكتاب والسنة، وهي كما يلي:

١ ــ قول الله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك﴾[1].

تدل هذه الآية على وجوب نفقة الأولاد الصغار على الآباء، وتدل أيضاً على وجوب النفقة على الوارثين من غير الآباء للأولاد الصغار.

٢ ــ قوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً﴾[2].

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٣٣.

(٢) سورة الإسراء: آية ٢٣.

فإنه سبحانه وتعالى أمر بالإحسان إلى الوالدين بعد الأمر بعبادته وذلك يدل على وجوب الإنفاق عليهما.

وهناك أدلة كثيرة في القرآن الكريم تأمر بالإحسان إلى الوالدين خصوصاً وبالإحسان إلى القرابة وإعطائهم حقوقهم عموماً[1].

٣ ــ حديث عائشة: أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2].

فإنه يدل على وجوب النفقة للأولاد، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمر هنداً أن تأخذ ما يكفيها وولدها من النفقة ولو بغير رضى أبيهم.

٤ ــ حديث أبي هريرة قال: قال رجل: يا رسول الله أي الناس أحق مني بحسن الصحبة؟ قال: «أمك»، قال: ثم من؟ قال: «أمك»، قال: ثم من؟ قال: «أمك»، قال: ثم من؟ قال: «أبوك»[3].

٥ ــ حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: قلت يا رسول الله: من أبر؟ قال: «أمك»، قال: قلت ثم من؟ قال: «أمك»، قال: قلت يا رسول الله ثم من؟ قال: «أمك»، قال: قلت ثم من؟ قال: «أباك، ثم الأقرب فالأقرب»[4].

---

(١) منها قوله تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم﴾. سورة النساء: آية ٣٦، ومنها قوله تعالى: ﴿فآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل﴾ سورة الروم: آية ٣٨.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: فتح الباري ٩/٥٠٧، ونيل الأوطار ٦/٣٦٢.

(٣) رواه البخاري ومسلم، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٦٧.

(٤) رواه أحمد وأبو داود والحاكم وحسنه أبو داود، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٦٧.
وهناك أدلة أخرى كثيرة من السنة تدل على وجوب النفقة للقرابة منها حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول»، رواه البخاري وغيره، انظر: فتح الباري ٩/٥٠٠.

المبحث الثاني

فيمن تجب له النفقة من الأقارب

اتفق الفقهاء على أن النفقة تجب لأولاد الصلب وللوالدين المباشرين إذا توفرت فيهما الشروط التي من ضمنها يسار المنفق وفقر المنفق عليه وعجزه عن الكسب لصغر أو كبر ونحو ذلك مما يأتي تفصيله في شروط وجوب الإنفاق.

واختلفوا في وجوبها لغير هؤلاء على أربعة أقوال:

أحدها: أن النفقة لا تجب إلا لأولاد الصلب فقط، والوالدين المباشرين فلا تجب لأولاد الأولاد ولا للأجداد والجدات.

وهذا مذهب المالكية(١).

واستدلوا بالأدلة من الكتاب والسنة الدالة على وجوب الإنفاق على الأولاد والوالدين فإنها تخص المباشرين منهم فقط ولا تتعدى إلى غيرهم.

ثانيها: أنها تجب للفروع وإن نزلوا وللأصول وإن علوا ولا تجب لغيرهم.

ـ هذا مذهب الشافعية(٢).

واستدلوا بعموم الأدلة الدالة على وجوب الإنفاق، فقالوا: إنها تشمل الأولاد وإن نزلوا والآباء وإن علوا، لأنهم يأخذون حكمهم في الميراث والعتق ورد الشهادة ومنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل فكذلك تجب النفقة لهم، لأن قرابتهم كقرابة الأب الأدنى والولد الأدنى، ولا تجب لغيرهم من الأقارب، لأن الأدلة لا تشملهم.

ثالثها: أن النفقة تجب لكل ذي رحم محرم، كالولد وإن نزل والأب وإن علا والإخوان والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات ونحو ذلك

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٣، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٤٦.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٤٦ و٤٤٧.

مما لو كان أحدهما ذكراً حرم على الآخر أن يتزوج به غير المحرمات بالرضاعة.

وهذا مذهب الحنفية[1].

واستدلوا بنفس الأدلة التي استدل بها المالكية والشافعية.

واستدلوا لوجوب النفقة لكل ذي رحم محرم بقراءة عبدالله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك، قالوا: وإن كانت شاذة لا يثبت بها القرآن إلا أنه يحتج بها وتكون بمثابة الحديث المشهور.

ولأن الله سبحانه وتعالى أمر بصلة الرحم، وقرابة الرحم المحرم من أولى القرابات صلة وأقواها، لأنها محرمة للزواج وتمنع وجوب القطع في السرقة عندهم بخلاف القرابات غير المحرمية.

رابعها: أنها تجب للقرابة الوارثين من جهة النسب، سواء كانوا من المحارم أم من غيرهم، وهذا مذهب الحنابلة والهادوية[2].

واستدلوا على وجوب النفقة للأصول والفروع بما استدل به المالكية وغيرهم، وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، سواء كانوا مباشرين أم غير مباشرين، إلا المالكية فإنهم خالفوا في ذلك، وقد تقدم بيان ذلك في القول الأول من أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

واستدلوا لوجوب نفقة الوارثين من الأقارب بعموم الأدلة من الكتاب والسنة الدالة على وجوب النفقة للأقارب بصفة عامة، فقالوا: بأن الله سبحانه وتعالى قد أخبر بأن للقريب حقاً وأمر بأن يعطى حقه وهو صريح في

---

(١) انظر: فتح القدير ٤/٤١٥ و ٤١٩، وحاشية ابن عابدين ٣/٦٢٧.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٨٤، والتاج المذهب ٢/٢٩٠، والتقييد بالوارثين من جهة النسب هو مذهب الهادوية، وأما مذهب الحنابلة فإن النفقة تجب لكل وارث ولو من جهة الولاء، فالمعتق عندهم ينفق على عتيقة الفقير بناء على أنه يرثه، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٩٥، وانظر: البحر الزخار ٤/٢٨٠.

وجوب النفقة له، فقال تعالى: ﴿فآت ذي القربى حقه﴾، وبين في آية آخرى بأن المراد بالقريب الذي له الحق الواجب هو الوارث كما في قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾، فإن الآية تدل على وجوب النفقة للقريب الوارث ولو كان من غير الأصول والفروع ويفهم منها أيضاً أن غير الوارث لا تجب له النفقة[1].

والظاهر أن ما ذهب إليه الحنابلة والهادوية هو الراجح، وهو أن النفقة تجب لكل قريب وارث سواء كان محرماً أم غير محرم، لقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾، ولحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن كان فضل فعلى عياله فإن كان فضل فعلى قرابته»[2].

والمراد بالقرابة: الوارثين، بدليل الآية السابقة، وقد نقل عن عمر بن الخطاب أنه قضى على بني عم صبي بنفقته[3].

وهناك أدلة أخرى تقدم بعض منها، ونقل ذلك أيضاً عن جماعة من الصحابة وغيرهم، ولأن قرابة الوارثين أقوى من غيرهم ممن لم يرث لذلك وجبت لهم النفقة.

---

(١) وقال بعض الفقهاء: أن معنى قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾، أي في عدم ترك المضارة وليس المراد في النفقة والكسوة، انظر: نهاية المحتاج ٢٠٨/٧.

(٢) رواه الترمذي وصححه، وصححه الألباني، انظر: إرواء الغليل ٢٣١/٧.

(٣) رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب، قال الألباني: وهذا إسناد رجاله ثقات لولا عنعنة ابن جريج والخلاف في سماع سعيد من عمر، انظر: المرجع السابق.

المبحث الثالث

في شروط وجوب نفقة الأقارب

الشرط الأول:

أ ـ يشترط أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم:

فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم، لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة(١).

هذا مذهب الفقهاء في اشتراط العجز عن الكسب لوجوب الإنفاق من حيث الجملة، وهناك تفصيل لهم موجزه كالآتي:

١ ـ يرى المالكية: أنه يشترط لوجوب الإنفاق إلى جانب الفقر العجز عن الكسب، فإن كان الأب فقيراً أو الولد عاجزاً عن الكسب وجب له الإنفاق وإن كان قادراً فلا يجب له شيء.

وهذا هو المعتمد في مذهب الشافعية والحنابلة(٢).

وعللوا لذلك: بأن القوة على الاكتساب كالغنى بالمال، ولأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أخبر بأن الزكاة لا تحل لقوي، فقال: «لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوي»(٣).

٢ ـ وفي قول في مذهب الشافعية والحنابلة: أنه يشترط الفقر فقط ولا

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٥٨٤/٧، ومغني المحتاج ٤٤٨/٣، وفتح القدير ٤١٥/٤، وحاشية الدسوقي ٥٢٢/٢، والعجز عن الكسب إما أن يكون لصغر أو لكبر أو لمرض وقد يكون العجز ملازماً للشخص وقد يكون طارئاً بعد البلوغ وسأعرض حكم ذلك عند الفقهاء باختصار في هذا الشرط.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٥٢٢/٢، ونهاية المحتاج ٢٠٩/٧، ومغني ابن قدامة ٥٨٤/٧ و٥٨٦ و٥٨٧، وكشاف القناع ٥٥٩/٥، والتاج المذهب ٢٩٠/٢.

(٣) رواه الخمسة إلا النسائي وحسنه الترمذي وقيل أنه موقوف على عبدالله بن عمرو وهو الذي رواه. انظر: نيل الأوطار ١٧٩/٤.

يشترط العجز عن الكسب فتجب النفقة ولو لقادر على الاكتساب، وهذا مذهب الهادوية.

لأن الكسب فيه مشقة وتعب ولا يكلف الأصل والفرع بالكسب لحرمتهما عند الشافعية وكذلك غيرهما من الوارثين في مذهب الحنابلة والهادوية.

ويستدل لذلك بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، فإنه يشمل كل ولد سواء كان صغيراً أم بالغاً ومريضاً أم صحيحاً فيستحق النفقة على أبيه ما دام أنه محتاج إليها، وكذلك غيره في مذهب الحنابلة والهادوية.

٣ ــ وفي قول في مذهب الشافعية: أنه لا يشترط العجز عن الكسب في الأصل لأن تكليفه بالكسب يتنافى مع حرمته ومعاشرته بالمعروف وهذا مذهب الحنفية والحنابلة فإنهم فرقوا بين الأصول والفروع، فأوجبوها للأصول الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب دون الفروع وغيرهم من ذوي الأرحام فإنها لا تجب لهم إذا كانوا قادرين على الكسب[1].

٤ ــ وفي قول في مذهب الحنابلة: لا تشترط القدرة على الكسب في الأصول والفروع وتشترط في غيرهم من الوارثين ممن تجب لهم النفقة.

والظاهر أن ما رآه الحنفية وكذلك الشافعية في قول لهم: أن النفقة تجب للأصول مطلقاً إذا كانوا فقراء هو الراجح، لأن الله سبحانه وتعالى أوصى بالوالدين كثيراً وأكد الأمر بالإحسان إليهما وليس من الإحسان إليهما أن يكلفهما ولدهما بالكسب، لأن الكسب فيه مشقة فيلزمه أن يريحهما من تعب الكسب إذا استطاعا على ذلك، ويؤيد ذلك حديث جابر أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أنت ومالك لأبيك»[2].

---

(١) انظر: المصادر السابقة وفتح القدير ٤/٤٢٠، وبدائع الصنائع ٥/٢٢٤٠.

(٢) رواه ابن ماجه والطحاوي وغيرهما وقال الألباني: سنده صحيح ورجاله ثقات. انظر: إرواء الغليل ٣/٣٢٣.

ب ــ أنواع العجز عن الكسب:

فالعجز عن الكسب الذي اشترطه الفقهاء القائلون باشتراطه أنواع كثيرة منها: الزمانة والعمى والمرض والجنون والصغر، فلو أطاق صغير الكسب أو تعلمه ولاق به جاز للولي أن يحمله عليه وينفق منه عليه فإن امتنع أو هرب لزم الولي أن ينفق عليه ما دام أنه لم يبلغ[1].

ولم يذكر الفقهاء السن الذي يعتبر الصبي فيها قادراً على الكسب وإنما ذكروا أن الصغير إذا وصل إلى حد يقدر على الكسب جاز لوليه أن يجبره عليه وينفق عليه من كسبه، فإن لم يكتسب لم تسقط نفقته حتى يبلغ، فإذا بلغ سقطت نفقته[2].

إلا طالب العلم فإن جمهور الفقهاء رأوا أن النفقة تجب له ولو كان بالغاً ومقتدراً على الكسب إذا كان رشيداً، لأن طلب العلم النافع يشغله عن الكسب فيعتبر كالعاجز[3].

وتجب النفقة للولد العاجز عن الكسب لمرض أو جنون ونحو ذلك، حتى وإن بلغ وهو قادر على الكسب ثم طرأ عليه العجز بعد البلوغ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

ويرى المالكية: أن النفقة تجب للولد على أبيه حتى يبلغ قادراً على الكسب فإذا بلغ قادراً على الكسب سقطت عن الأب ولا تعود بطروء جنون أو مرض أو عمى[4].

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح فيما يظهر، لأن سبب وجوب النفقة هو العجز عن الكسب فمتى وجد وجبت النفقة.

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٧/٢٠٩.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/٤١٠، والمصدر السابق، وهذا بناء على أن المكتسب لا تجب له النفقة.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٦٢٨، ونهاية المحتاج ٧/٢٠٩.

(٤) انظر: بلغة السالك ١/٤٨٩، وحاشية الدسوقي ٢/٥٢٤.

ج ـ نفقة الأنثى:

كلام الفقهاء السابق كان في الذكر العاجز عن الكسب.

أما الأنثى فإن نفقتها تجب على وليها وإن كانت قادرة على الكسب حتى تتزوج وهي بالغة من شخص بالغ ولا تسقط نفقتها عن قريبها إذا لم تتزوج فإنه لا يشترط فيها القدرة على الكسب إضافة إلى شرط الفقر وإنما يشترط لوجوب النفقة لها الفقر فقط، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

وقال بعضهم: إنها إذا امتنعت عن الزواج سقطت نفقتها، لأن هذا من باب الكسب بالنسبة لها وهي قادرة عليه[2].

وإذا انتهى عقد الزواج بأي سبب من الأسباب تعود نفقتها على قريبها عند جمهور الفقهاء، ولو كانت بالغة ومدخولاً بها.

وخالف في ذلك المالكية فقالوا: إذا دخل بها زوجها وهي صحيحة ثم طلقها أو مات عنها وهي ثيب بالغة فلا تعود نفقتها على أبيها ولو كانت مريضة أو زمنة[3].

الشرط الثاني: يسار المنفق:

أ ـ يشترط فيمن تجب عليه النفقة أن يكون موسراً، ويعتبر موسراً إذا كان ذا مال فاضل عن نفقة نفسه وحوائجه الأصلية.

لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن كان فضل فعلى عياله فإن كان فضل فعلى قرابته».

والمرأة الموسرة، كالأم ونحوها تلزمها نفقة أقاربها كالرجل إذا كانوا فقراء كأبيها وابنها ونحو ذلك.

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٤٤٨، ومغني ابن قدامة ٧/٥٨٢.
(٢) انظر: نهاية المحتاج ٧/٢٠٩.
(٣) انظر: بلغة السالك ١/٤٨٩.

ب ـ فإن كان لمن يستحق النفقة أب وأم فالنفقة على الأب فقط وليس على الأم شيء، سواء كان الولد صغيراً أم بالغاً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٣] لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾، ولحديث عائشة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

وقال بعض الفقهاء: إذا كان بالغاً فعليهما النفقة، لاستوائهما في القرب بخلاف الصغير والمجنون فإن نفقتهما على الأب فقط لتميزه بالولاية، وهذا قول في مذهب الشافعية[١].

ج ـ وإن كان له فرعان وتساويا في القرب أو في البعد فالنفقة عليهما بالسوية لاستوائهما في القرابة.

فإن كان أحدهما أقرب والآخر أبعد وهو محجوب فالنفقة على الأقرب كالابن وابن الابن مثلاً، فالنفقة على الابن ولا شيء على ابن الابن.

ـ وإن كان الأقرب محجوباً، كابن ابن وبنت بنت فقال بعض الفقهاء: إن النفقة على بنت البنت، لأن القرابة هي الموجبة للنفقة.

وقال بعضهم: إن النفقة على الوارث وإن بعد، لأن الاعتبار بالإرث وهذا مذهب الحنابلة وهو الأصح في مذهب الشافعية[٢].

د ـ وإن استويا في الإرث والقرب، كابن وبنت توزع النفقة بنيهما بحسب إرثهما، وهذا هو الراجح عند الفقهاء، بناء على أن سبب وجوب النفقة هو الإرث.

---

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٣ و٥٢٤، ومغني ابن قدامة ٧/٥٨٧، ونهاية المحتاج ٧/٢١٣، وبدائع الصنائع ٥/٢٢٣٥.

(١) وهذا قول في مذهب الشافعية، انظر: مغني المحتاج ٣/٤٥١، وهو قول في مذهب الحنفية أيضاً.

(٢) انظر: المراجع السابقة وكشاف القناع ٥/٥٥٩، وترتيب النفقة بحسب الإرث في مذهب الحنابلة في غير عمودي النسب أما عمودي النسب فتجب عليه ولو كان من ذوي الأرحام ولو حجبه معسر فتجب النفقة على الموسر ولو محجوباً.

وقال بعضهم: إنهما يتسويان فيها، لاستوائهما في القرابة[3].

هـ - وكذلك لو كان لمن يستحق النفقة أجداد وجدات، فإن اعتبرنا القرابة فالنفقة على القريب وإن لم يكن وارثاً، وإن اعتبرنا أن سبب وجوب النفقة الإرث فالنفقة على الوارث وإن كان بعيداً[4].

و - وإن كان لمستحق النفقة أب وابن موسران فقد اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه منهما على ثلاثة أقوال.

أحدها: أن النفقة على الابن، وهذا مذهب الحنفية وهو الأصح في مذهب الشافعية.

فأوجبوها على الابن وإن كانا في القرب والإرث مستويين إلا أن الابن كسب للأب فيكون له حق في كسبه، ولحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال للذي اشتكى بأبيه بأنه يريد أن يجتاح ماله: «أنت ومالك لأبيك».

ثانيها: أنها على الأب، وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة.

واستدلوا: بأن النفقة على الأب منصوص عليها فتجب اتباعاً للنص.

ثالثها: بأنها عليهما معاً، لاستوائهما في القرب والإرث.

وهذا قول في مذهب الشافعية والحنفية[1].

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأن حق الأب على الابن أعظم

---

(٣) وهذا مذهب الحنفية وهو قول في مذهب الشافعية والظاهر أن القول الأول هو الراجح، وهو مذهب الهادوية ولا فرق عندهم بين الأبوين وغيرهما، انظر: التاج المذهب ٢/٢٨٨.

(٤) فلا يشترط الإرث ولا القرب في عمودي النسب في مذهب الحنابلة واعتبر الحنفية القرب، فالنفقة عندهم على الأقرب مطلقاً، إلا أنهم قالوا إذا كان الأبعد موسراً والأقرب معسراً أمر القاضي الموسر أن ينفق ويرجع على الأقرب بما أنفق. انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٣٣.

(١) انظر: المصادر السابقة.

من حق الابن على أبيه، وحديث جابر فيه تصريح بأن للأب حقاً في مال ابنه فيعتبر غنياً بذلك، والله تعالى أعلم.

الشرط الثالث: اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه:

يرى جمهور الفقهاء: أنه لا يشترط لوجوب النفقة اتحاد الدين فتجب النفقة للقريب ولو كافراً، لأن سبب وجوب النفقة هو القرابة فتجب للقريب على قريبه ولو كانا مختلفين في الدين لعموم الأدلة.

واشترطوا في الكافر الذي تجب له النفقة أن يكون معصوماً، فلو كان حربياً أو مرتداً فلا تجب له النفقة[1].

ووافق الحنفية جمهور الفقهاء في عدم اشتراط اتحاد الدين في عمودي النسب وهم الأصول والفروع، وأما غيرهم من ذوي الأرحام فلا تجب لهم النفقة إذا كانوا كفاراً، لأن استحقاق النفقة لهم بعلة الوراثة وبسبب اختلاف الدين ينعدم التوارث.

وهذا قول في مذهب الحنابلة، بالنسبة بالتفرقة بين عمودي النسب وغيرهم، وفي قول لهم وهو المشهور: أن النفقة لا تجب مع اختلاف الدين مطلقاً، لأنها مواساة على سبيل البر والصلة ولم تجب الصلة مع اختلاف الدين ولأنه لا توارث بينهم فلذلك لا نفقة لأحدهم على الآخر وبه قال أكثر فقهاء آل البيت[2].

والظاهر أن وجوب النفقة للأصول والفروع ولو مع عدم اتحاد الدين هو الراجح، لأن قرابتهم أقوى من قرابة غيرهم، لأن أصل الإنسان وفرعه يعتبر جزءاً منه فتجب النفقة لهما كما تجب على نفسه، ولأن الله تعالى أمر

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٦٣١، ومغني المحتاج ٣/٤٤٧، وحاشية الدسوقي ٣/٥٢٢، ومغني ابن قدامة ٧/٥٨٥، وفي مذهب الحنفية فلا تجب للحربي ولو كان مستأمناً.

(٢) انظر: البحر الزخار ٤/٢٨٠، والمصادر السابقة، والخلاف في اشتراط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه بالنسبة للأقارب، أما الزوجة فلا خلاف في وجوب النفقة لها ولو كانت كافرة، إلا الحربية والمرتدة فلا نفقة لها لعدم عصمتها.

بمصاحبة الوالدين بالمعروف ولو كافرين فقال تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً واتبع سبيل من أناب إلي﴾[1].

وليس من المعروف تركهما يموتان جوعاً أو يسألان الناس[2].

المبحث الرابع

فيما تسقط به النفقة

أ ـ تسقط نفقة القريب عن قريبه إذا اختل شرط من شروط وجوبها التي تقدم بيانها.

ب ـ وتسقط بمضي المدة التي وجبت فيها النفقة ولم يطالب بها المحتاج فلا تثبت في ذمة القريب ولو امتنع عنها بعد طلبها لأنها وجبت للحاجة الناجزة مواساة، وقد زالت.

إلا إذا فرضها القاضي أو أذن المنفق لغيره أن يدفع عنه فلا تسقط عنه وتصير ديناً عليه فيطالب بها كسائر الديون الواجبة عليه، وكذلك إذا أذن الحاكم في الاستدانة لنفقة المحتاج فيكون الدين على من وجبت عليه النفقة.

أما إذا أنفق عليه شخص بغير إذن الحاكم فلا يكون ديناً على القريب الغائب أو الممتنع، لأنه لا تجوز الاستدانة على الشخص إلا بإذنه ورضاه أو إذن من له ولاية عليه وهو القاضي[3].

---

(١) سورة لقمان: آية ١٥.

(٢) وهناك شرط رابع وهو الحرية، فلا نفقة لرقيق على حر وبالعكس، ونقل الاتفاق على ذلك، لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبه الأجنبيين، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٥٨٤، وغيره من المصادر السابقة.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٤، وفتح القدير ٤/٤٢٥، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وقال بعض فقهاء الحنابلة: يلزمه ما مضى من النفقة مطلقاً، انظر: كشاف القناع ٥/٥٦٢، وفي مذهب الهادوية يجوز للأب أن يأخذ من مال ولده الغائب أو المجنون ولو بغير إذن الحاكم قدر ما يحتاج إليه لأنه نفس ما وجب، انظر: التاج المذهب ٢/٥٦٢.

ومن كان من الأقارب يملك بعضاً من كفايته وينقصه بعضها فعلى قريبه تمام الكفاية إذا كان عاجزاً عن الكسب[1].

المبحث الخامس

في مقدار النفقة

أما مقدار الواجب من النفقة فهو الكفاية، لأنها تجب للحاجة والحاجة تقدر بقدرها، فيعطى القريب ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة والسكن والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لهند زوج أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

وإذا كان القريب عاجزاً عن خدمة نفسه فعلى قريبه أن يخدمه بنفسه أو يدفع له أجرة خادم أو نفقته، لأن ذلك من جملة الكفاية، وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء في الجملة.

ونقل الاتفاق أيضاً على وجوب إعفاف الأب بزوجة حرة إن احتاج إلى ذلك وتلزمه نفقتها، لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف، التي أمر الله بها.

وأما الولد فلم ير جمهور الفقهاء وجوب إعفافه، لأن الزواج من الأمور التكميلية وليس من الأمور الضرورية[2].

ويرى الحنابلة، وهو قول في مذهب الحنفية: أنه يجب إعفافه، لأن ذلك مما تدعو إليه الحاجة ويتضرر بفقده[3].

ويرى فقهاء الحنابلة أيضاً: أنه يلزم إعفاف كل قريب تجب نفقته ولو كان من غير عمودي النسب، كالأخ والعم وغيرهما، وكل من لزمه إعفافه

---

(١) انظر: كشاف القناع ٥٦١/٥، وحاشية الدسوقي ٥٢٢/٢.

(٢) انظر: المهذب ١٦٨/٢، وحاشية ابن عابدين ٦١٦/٤، ومغني ابن قدامة ٥٨٧/٧ و ٥٩٥.

(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٥٨٧/٧.

لزمته نفقة زوجته، لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك[1].

والظاهر أنه يجب إعفاف كل قريب إذا كان يتضرر بترك النكاح، فيكون ذلك من الحاجات الضرورية كالدواء لحفظ الأجسام، فإن لم يتضرر فلا يجب ذلك، والله تعالى أعلم[2].

المبحث السادس

في حكم نفقة المماليك والبهائم

أ ـ حكم نفقة المماليك:

ويجب على مالك العبد أو الأمة نفقتهما وكسوتهما قدر كفايتهما بالمعروف، ولا يجوز له أن يكلفهما من العمل ما لا يطيقان عليه[3] لحديث أبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق»[4].

ب ـ حكم نفقة البهائم:

من ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها وسقيها، ويحرم عليه أن يحملها فوق طاقتها، ويحرم عليه أن يحلب من لبنها ما يضر بولدها، لأن كفايته واجبة عليه فيلزمه أن يترك فيها من اللبن ما يكفيه[5].

---

(١) وفي مذهب الشافعية لم يجب تزويج الابن مطلقاً وفي وجوب نفقة زوجته إن كان متزوجاً قولان، انظر: المهذب ٢/١٦٨.

(٢) وفي مذهب الهادوية: لا يلزم الولد أن يعف أباه إلا أن يتضرر بترك النكاح فيكون ذلك من باب الدواء ولا تلزمه نفقة زوجة أبيه ولا يلزم الأب أن يعف ولده من باب أولى، انظر: التاج المذهب ٢/٢٨٩.

(٣) انظر: كشاف القناع ٥/٥٦٧، والمهذب ٢/١٦٩، وبدائع الصنائع ٥/٢٢٥٠، والبحر الزخار ٤/٢٨٢.

(٤) رواه أحمد ومسلم والشافعي ومالك وغيرهم، انظر: إرواء الغليل ٧/٢٣٣.

(٥) انظر: المصادر السابقة، ومغني ابن قدامة ٧/٦٣٤.

والدليل على وجوب الإنفاق على البهائم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً لا هي أطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الأرض»(١).

والدليل على تحريم تحميلها ما لا تطيق القياس على المملوك الوارد فيه النص.

فإن امتنع عن نفقة بهائمه أجبره الحاكم عليها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء(٢) وفي رواية عن أبي حنيفة: أنه لا يجبر، لأن الجبر على الحق إنما يكون عند الطلب والبهيمة لا يمكن منها المخاصمة وإنما تجب فيما بينه وبين الله تعالى(٣).

والخلاف في الإجبار على الإنفاق هو في البهيمة فقط وأما الإجبار على الإنفاق على المماليك فلا أعلم فيه خلافاً عن الفقهاء.

نفقة الأقارب في القانون اليمني - الأحوال الشخصية -:

اشترط القانون في الإنفاق على الصغير أو المجنون الفقر فقط، وتكون نفقته على الأب وحده إلا إذا كان معسراً وغير قادر على الكسب فعلى الأم الموسرة أو على غيرها من الأقارب، فإن كان الولد بالغاً وعاقلاً اشترط فيه الفقر والعجز عن الكسب، إلا المشغول بطلب العلم فيلزم الإنفاق عليه إلى الثانوية العامة بشرط أن لا يتجاوز سن العشرين، ونفقة البالغ على أبويه أثلاثاً حسب الميراث، إلا إن كان أحدهما معسراً فنفقته على الموسر منهما. وحكم نفقة البنت البالغة المعسرة حكم نفقة الصغيرة ولو كانت قادرة على

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: إرواء الغليل ٧/٢٤٠.

(٢) انظر: مصادر الفقهاء السابقة وغاية البيان ص ٣١٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٤٧، فإن امتنع من الإنفاق على البهيمة أو كان لا يجد ما ينفق عليها أجبر على بيعها أو ذبحها، انظر: غاية البيان ص ٣١٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٤٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٥١.

الكسب إذا كانت غير متزوجة، وعلى الأب الموسر أن يزوج ولده المعسر بزوجة واحدة عند الحاجة.

وهذا ما تضمنته المواد ١٤٩ و١٥٥ و ١٥٠ و ١٥١.

وتجب النفقة للأصول المعسرين وإن علوا ولو كانوا قادرين على الكسب على الفروع وإن نزلوا، وتقسم بين أولاد الدرجة الواحدة الموسرين على الرؤوس وتقدم نفقة الأم ثم نفقة الأب على نفقة سائر الأقارب.

ويلزم الابن الموسر أن يعف أباه بزوجة واحدة وتلزمه نفقتها أو نفقة خادم ليخدمه إن احتاج إلى ذلك.

وللأب أن يأخذ ما يحتاجه من النفقة من مال ولده الصغير أو المجنون ولو بغير إذن الحاكم وليس له أن يأخذ من مال ولده البالغ ولو كان غائباً إلا بإذن الحاكم.

وهذا ما تتضمنه المواد ١٥٢ و١٥٣ و ١٥٤.

ونصت المادة ١٥٥ على أنه تجب نفقة القريب المعسر العاجز عن الكسب على قريبه الموسر الوارث لو فرض موته، وإن تعدد الورثة الموسرون تكون النفقة عليهم جميعاً كل بقدر حصته في الميراث، والأخدام للأقارب لا تجب إلا للعجز.

ونصت المادة ١٥٦ على أنه تسقط نفقة القريب عن المدة الماضية بعدم المطالبة ممن تلزمه النفقة إلا إذا كان المنفق عليه والداً أو ولداً صغيراً أو مجنوناً.

ولا يجوز للحاكم أن يحكم بها في حالة الطلب لأكثر من شهرين سابقين على رفع الدعوى.

ونصت المادة ١٥٧ على أنه يعتبر الشخص موسراً وتجب عليه النفقة إذا كان يملك من المال زائداً على ما يكفيه هو ومن تلزمه نفقته ممن هو أخص من القريب المعسر إلى وقت الدخل الدائم الذي يدخل عليه من وظيفة أو غلة أو

تجارة أو صناعة وينفق على القريب المعسر من الزيادة، وإن لم يكن له دخل دائم فإلى الحول ينفق من الزيادة على كفاية الحول، ويعتبر الشخص معسراً إذا كان عكس ما سبق ولا يعطى إلا إذا لم يبق له قوت يوم وليلة.

ونصت المادة ١٥٨ على أنه إذا اختلف القريبان وجبت البينة على طالب النفقة مع اللبس في الإعسار والإيسار.

الفصل الثالث

في أحكام الحضانة

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول

في تعريف الحضانة وحكمها

أ ـ تعريف الحضانة:

الحضانة: بفتح الحاء وكسرها وفتحها أشهر، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، ويقال: حضنت المرأة ولدها، وحاضنة الصبي: التي تقوم في تربيته[1].

والحضانة في الشرع: هي حفظ الصغير أو العاجز، كالزمن والمجنون والمعتوه مما يضرهم والقيام بما يحتاجون إليه من طعام ولباس وتنظيف ونحو ذلك[2].

ب ـ حكمها:

وهي واجبة، لأنه يهلك بتركها الطفل ومن في حكمه، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك[3].

---

(١) انظر: مختار الصحاح ص ١٥٩.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٦، وكشاف القناع ٥/٥٧٦، والبحر الزخار ٤/٢٨٤.

(٣) انظر: كشاف القناع ٥/٥٧٦.

المبحث الثاني

في بيان من أحق بحضانة الطفل

إذا كان للطفل أب وأم فأمه أحق به من أبيه إذا توفرت فيها الشروط التي تشترط في الحاضنة، لأنها أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، وهذا لا خلاف فيه ما دام أنها لم تتزوج.

واختلفوا في حكم بقاء حق الحضانة لها إذا تزوجت على ثلاثة أقوال.

ـ **أحدها**: أن حقها في الحضانة يسقط، وهذا قول الشافعية والحنابلة[1].

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو: أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[2].

وقد نقل الاتفاق على أنه إذا حصل منها نكاح بطلت حضانتها.

ثانيها: أن حضانتها لا تبطل مطلقاً.

وهذا قول ابن حزم الظاهري، ونقل ذلك عن الحسن البصري وغيره[3].

واحتجوا بحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم تزوجها وبقي ولدها في كفالتها[4].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦١١/٧، ونهاية المحتاج ٢١٨/٧، ونيل الأوطار ٣٦٩/٦.

(٢) رواه أبو داود والدارقطني والبيهقي وغيرهم وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وقال الألباني: حسن. انظر: إرواء الغليل ٢٤٤/٧، ونيل الأوطار ٣٦٩/٦.

(٣) انظر: نيل الأوطار ٣٦٩/٦، والمحلى ٧٤٥/١١، والتاج المذهب ٢٦٩/٢ و ٢٧٠.

(٤) قصة زواج أم سلمة رواها النسائي وهي صحيحة، انظر: جامع الأصول ٤١٠/١١ والمصدر السابق.

ثالثها: أن حقها يسقط إذا تزوجت بغير محرم للطفل، وهذا مذهب المالكية والحنفية والهادوية[1].

والظاهر: أن القول بسقوط حقها في الحضانة إذا تزوجت مطلقاً هو الراجح، لعموم حديث عمرو بن شعيب.

وأما حديث أم سلمة وغيره فيدل على جواز الحضانة إذا رضي من له الحق، فلا يدل على استمرار وجوب حق الحضانة للأم إذا تزوجت.

وهذا هو الجمع بين الأدلة، والله تعالى أعلم.

المبحث الثالث

في ترتيب أصحاب الحقوق في الحضانة

اختلف الفقهاء أيضاً في ترتيب أصحاب الحقوق في الحضانة بعد اتفاقهم على أن الأم أولى من كل قريب إذا توفرت فيها شروط الحضانة.

- يرى الشافعية والحنابلة: أنه إذا اجتمع الأقارب الذكور مع الإناث تقدم الأم ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته.

فإن عدم هؤلاء الأقارب واجتمع غيرهم من الذكور والإناث قدم الأقرب فالأقرب من الإناث ثم الأقرب فالأقرب من الذكور على حسب ترتيبهم في الإرث، بدون فرق بين محرم وغيره[2].

ويرى الحنفية والمالكية: أن الحضانة للمحارم من النساء، فتثبت للأقرب فالأقرب منهن، فإذا لم يوجد للصغير قريبات من المحارم أو وجدت ولكن ليست أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى العصبات من المحارم من الرجال على حسب الترتيب في الإرث، ولا تثبت الحضانة لغير المحارم، كبني

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٧، ونيل الأوطار ٦/٣٦٩، وحاشية الدسوقي ٢/٥٣٠، والبحر الزخار ٤/٢٨٥.

(٢) انظر: كشاف القناع ٥/٥٧٧، وغاية البيان ص ٣١٨، والمهذب ٢/١٧١ و ١٧٢.

الأعمام والعمات وبناتهم وبني الأخوال والخالات وبناتهم، لأنهم ليسوا بمحارم للطفل.

وتقدم قرابة الأم على قرابة الأب عند المالكية وتلي المحارم من جهة الأم الجدة لأب ثم الأب ثم الأقارب من جهة الأب الأقرب فالأقرب منهن ثم الذكور من جهة الأب يقدم منهم الأقرب فالأقرب على حسب ترتيبهم في الإرث، ثم المولي ثم عصابته الأقرب فالأقرب على حسب ترتيبهم في الإرث[1] وقدموا من يدلي بقرابة الأم من النساء، لأنها أشفق من غيرها.

وفي مذهب الشافعية والحنابلة: لا تقدم الخالة على من هي أقرب منها وإنما مرتبتها بعد أولاد الأبوين، لأن الأخت بنت الأب والخالة بنت الجد فهي أبعد من الأخت.

ويرى جمهور الفقهاء: أنها تقدم على الأخوات، فتلي الأم وأمهاتها والأب في مذهب الهادوية، وتلي الأم وأمهاتها في مذهب المالكية، وقال الشوكاني أن الخالة تقدم بعد الأم على سائر الأقارب[2].

واستدلوا على تقديمها على من هو أقرب منها بحديث البراء بن عازب: «أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها لأنها ابنة عمي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي[3] فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لخالتها وقال: «الخالة بمنزلة الأم»[3].

ويحتمل أن التشبيه بالأم من حيث الشفقة فقط وإن الأقرب أولى إذا وجد، لأن ولد الأبوين أقرب من ولد العم وولد الأخ ولم يذكر في الحديث، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٥٢٧/٢، وبدائع الصنائع ٢٢٥٤/٥، وفي رواية عن أبي حنيفة أن الأخت لأب أولى من الخالة.

(٢) انظر: المصادر السابقة والتاج المذهب ٢٨/٢ ونيل الأوطار ٣٦٨/٦.

(٣) سمى حمزة أخاه، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم آخى بينه وبينه.

(٤) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: نيل الأوطار ٣٦٨/٦.

المبحث الرابع

في شروط الحضانة

يشترط فيمن يتولى تربية الطفل الشروط التالية:

١ ـ العقل: فلا حضانة لمعتوه ولا مجنون، لأنه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره.

٢ ـ البلوغ: فلا حضانة لغير بالغ ولو كان مميزاً، لأنه في حاجة إلى من يتولى أمره فكيف يلي غيره.

٣ ـ العدالة والأخلاق الحميدة: فلا حضانة لفاسقة أو فاسق لأنه لا يوثق بفاسق في أداء الواجب من الحضانة، لأنه قد ينشأ على أخلاقه وطريقته.

واشتراط العدالة هو مذهب جمهور الفقهاء(١).

وقال بعض الفقهاء: لا تشترط العدالة في الحاضن، لأن هذا الشرط يصعب تطبيقه ويؤدي إلى ضياع الأطفال وفيه حرج ولا سيما في الوقت الذي انتشر الفسق في الناس ولم ينج منه إلا القليل(٢).

والذي يظهر لي: أنه تشترط العدالة والأمانة عندما يكون للطفل حاضنان أحدهما أبعد والآخر أقرب وهو فاسق فيسقط حق الأقرب لفسقه وتنتقل إلى الأبعد إذا كان عدلاً.

أما إذا لم يوجد للطفل إلا حاضن واحد فلا يشترط فيه العدالة لتعذر من يقوم مقامه في رعاية الطفل وحفظه.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦١٢/٧، وحاشية الدسوقي ٥٢٨/٢، والمهذب ١٧٠/٢، والتاج المذهب ٢٦٧/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٤٨.

(٢) وهذا قول ابن القيم رحمه الله تعالى وقال: أنه لم يرد هذا الشرط عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأصل في ذلك الجواز، انظر: زاد المعاد ١٣٢/٤، وفي مذهب الحنفية أن الأم الفاسقة أحق بالولد ما لم يعقل ذلك منها، انظر: حاشية ابن عابدين ٥٥٦/٣.

٤ ـ الإسلام: فلا حضانة لكافر ولو كان ذمياً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

ويرى الحنفية وبعض فقهاء المالكية والشافعية: أنه لا يشترط في الحاضن الإسلام ما لم يكن مرتداً فإنه ليس له حق فيها[١].

إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان الحاضن من العصبة يشترط فيه اتحاد الدين.

واستدلوا بحديث عبدالحميد بن جعفر الأنصاري عن جده: أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي صلى الله عليه وآله وسلم الأب ها هنا والأم ها هنا ثم خيره، وقال: «اللهم اهده» فذهب إلى أبيه[٢].

٥ ـ إذا كان الحاضن رجلاً يشترط فيه أن يكون من الوارثين، فلا حضانة للخال وابن البنت وابن الأخت، لأنهم غير وارثين ولا تجب عليهم نفقة.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وفي مذهب الحنابلة أنه إذا لم يوجد من الوارثين تنتقل إلى ذوي الأرحام، وقيل ينتقل الأمر إلى الحاكم.

وتثبت لهم الحضانة في مذهب الحنفية، والظاهر أن ذلك بناء على مذهبهم بأن ذوي الأرحام تجب لهم النفقة ولو كانوا غير وارثين[٣].

---

(١) انظر: المصادر السابقة ونيل الأوطار ٣٧٢/٦، وحاشية ابن عابدين ٥٥٦/٣، وبدائع الصنائع ٢٢٦٠/٥.

(٢) رواه أحمد والنسائي وروي الحديث بغير هذه الألفاظ، قال الشوكاني أن الحديث صالح للاحتجاج به وليس كما قال الجمهور بأنه مضطرب، انظر: نيل الأوطار ٣٧٢/٦.

(٣) انظر: المصادر السابقة وبدائع الصنائع ٢٢٥٩/٥، وفي ثبوت الحضانة للجد لأم قولان في مذهب المالكية، انظر: حاشية الدسوقي ٥٢٨/٢.

٦ ـ أن تكون الحاضنة غير متزوجة:

تقدمت آراء الفقهاء في هذه المسألة في المبحث الثاني.

وإنما نريد أن نضيف هنا حكم ما إذا طلقت المرأة هل يعود حقها من الحضانة أم لا؟.

يرى جمهور الفقهاء: أنه يعود حقها من الحضانة ولو كان الطلاق رجعياً، إلا أن الحنفية قالوا: لا يعود حقها إلى الحضانة إلا إذا كان الطلاق بائناً وكذلك كل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو جنون أو صغر ثم زال المانع عاد حقهم، لأن سببها قائم وإنما امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق لوجود سببه[1].

ويرى المالكية: أن الحضانة لا تعود لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق أو يموت زوجها، وكذلك إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بغير عذر إلا في النكاح الفاسد فلها الحضانة بمجرد فسخه إذا لم يدخل بها، فإن دخل بها سقطت حضانتها[2] والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، لعدم المانع من ذلك.

٧ ـ أن لا ينتقل الحاضن عن بلد المحضون إلى بلدة بعيدة، وقدرها الفقهاء بمسافة تقصر فيها الصلاة، فإن كان السفر إلى مكان قريب، أو كان لغير نقلة وإنما كان لحاجة كتجارة أو زيارة ونحو ذلك فلا تسقط الحضانة ويعتبر الحاضن كالمقيم بشرط أن يكون الطريق غير مخوف، فإن كان مخوفاً سقطت حضانة المسافر مطلقاً وانتقلت إلى المقيم.

وقال بعض الفقهاء: إن المقيم أولى بالحضانة مطلقاً، سواء كان قريباً أم بعيداً أو مخوفاً أم آمناً لأن في السفر إضراراً بالولد[3].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٦٢٤ و٦٢٥، وبدائع الصنائع ٥/٢٢٥٦.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٣٢، وفي مذهب الهادوية: لا يعود حق الحضانة بارتفاع النكاح مطلقاً، انظر: التاج المذهب ٢/٢٧٠، والبحر الزخار ٤/٢٨٥.

(٣) وهذا مذهب الحنابلة، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٦١٨.

والأب أحق بالحضانة من الأم إذا كان السفر لنقلة، سواء كان مقيماً أم مسافراً، لأنه أقدر على الحفظ والتأديب منها، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[1].

ويرى الحنفية أنه يراعى في ذلك محل العقد، فإن وقع النكاح في بلدها ثم انتقل بها إلى بلدة ثم أرادت بعد الفرقة الرجوع إلى بلدها فهي أحق بالحضانة، لأن من تزوج امرأة في بلدها فكأنه راض بحضانة الولد في ذلك البلد، وإن تزوجها في بلده فهو أحق بالولد، هذا إذا كانت المسافة بعيدة. أما إذا كانت قريبة بحيث يمكن للأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك، لأنه لا يلحق الأب كبير ضرر بالنقل[2].

والظاهر أن الصواب في ذلك هو النظر إلى ما هو أصلح للطفل وأنفع، فإن كانت إقامته عند أبيه أنفع له وأحفظ فهو أولى به من أمه وبالعكس.

المبحث الخامس

فيما تنتهي به الحضانة

١ ــ يرى الحنفية والهادوية: أن الحضانة بالنسبة للغلام مرحلتان: مرحلة للنساء، وتنتهي بالاستغناء عنهن، فيأكل ويشرب وحده ويلبس وحده، ويستنجي وحده، وقدروا ذلك بسبع أو ثمان سنين، ثم بعد ذلك تنتقل إلى الرجال وتستمر إلى البلوغ، لأن ولاية الرجال على الصغار إلى البلوغ، فإذا بلغ الولد عاقلاً واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فلا حق للأب في إمساكه فلا يمنعه من أن يذهب حيث يشاء، إلا إذا كان غير مأمون عليه فله أن يضمه إليه ولا يخلي سبيله، وليس على الأب نفقته إلا أن يتطوع.

وأما الجارية فأمها أحق بها حتى تحيض وتنتقل إلى الأب أو نحوه من

---

(١) انظر: المصدر السابق والمهذب ٢/١٧٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٦٢.

واشترط الفقهاء في الحاضن أن يكون حراً، فلا تثبت الحضانة لرقيق.

الأولياء المحارم ما دام أنها بكر فلا يخلى سبيلها لأنها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها من الانزلاق والخداع.

وكذلك الثيب إذا كانت غير مأمونة، فإن كانت مأمونة فلا حق له فيها ويخلي سبيلها.

وفرقوا بين الغلام والجارية في البقاء في حضانة الأم، لأن الغلام يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب العلوم والأدب والرجال هم القادرون على ذلك.

وأما الجارية فهي بحاجة إلى التخلق بأخلاق النساء والتعويد بشمائلهن فهي تحتاج ذلك إلى أن تحيض[1].

٢ ـ ويرى المالكية: أن الحضانة تنتهي بالنسبة للغلام إلى أن يبلغ وبالنسبة للجارية إلى أن تتزوج ويدخل بها زوجها، كما هو الحال في النفقة عندهم[2]. ولا خيار للغلام ولا للجارية إذا اختلف الأبوان فيهما قبل البلوغ في مذهب الحنفية والمالكية والهادوية.

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب السابق وفيه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال للأم: «أنت أحق به ما لم تنكحي، ولم يخير».

ولأن تخيير الصبي ليس بحكمة، لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة والكسل والهرب من التعليم ومعالم الدين فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤذيه.

وقالوا في حديث أبي هريرة الذي استدل به الشافعية والحنابلة: بأن المراد بالتخيير فيه في حق البالغ، لأن المرأة قالت: بأن ولدها نفعها وسقاها

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٥٧ و٢٢٥٨، وحاشية ابن عابدين ٣/٥٦٦، والبحر الزخار ٤/٢٨٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٤٨.

من بئر أبي عنبة، ومعنى ذلك أنه كسب عليها والكسب لا يقدر عليه إلا البالغ(١).

ويرى الشافعية والحنابلة: أن مدة الحضانة إلى سبع سنين واعتبر الشافعية التمييز، وهو في الغالب يكون بعد سبع سنين وقد يكون في أقل أو في أكثر، فإذا ميز انتهت الحضانة الإجبارية ثم بعد التمييز عند الشافعية وبعد السبع عند الحنابلة يخير الغلام والجارية بين أبويها في مذهب الشافعية، فإن اختار الغلام أمه فهي أولى به وإن اختار أباه فهو أولى به وكذلك الجارية، ولا تخير الجارية بعد السبع السنين في مذهب الحنابلة وإنما يكون الأب أحق بها من الأم، لأن الغرض من الحضانة الحفظ والأب هو الذي يقدر على حفظها وصيانتها بخلاف الأم فإنها محتاجة إلى من يحفظها فكيف تحفظ غيرها بخلاف الغلام فإنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجة الجارية قبل سن البلوغ(٢).

واستدلوا على تخيير الغلام المميز إذا تنازع فيه الأبوان بحديث أبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه(٣).

وفي رواية: أن امرأة جاءت فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «استهما عليه»، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ أيهما شئت»، فأخذ بيد أمه فانطلقت به(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٦٠.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٤٥٧، والمهذب ٢/١٧٢، ومغني ابن قدامة ٧/٦١٤ و٦١٦.

(٣) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وأبو داود وصححه الترمذي، انظر: نيل الأوطار ٦/٣٧٠.

(٤) رواه أبو داود بنحو هذا اللفظ والنسائي وابن أبي شيبة وصححه الترمذي وابن حبان وابن القطان، انظر: المصدر السابق.

والظاهر أن القول بالتخيير هو الراجح، وأنه لا فرق بين الذكر والأنثى لحديث أبي هريرة وغيره من الأحاديث الواردة في ذلك.

وإذا كان الغلام عند الأم لاختياره لها كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهاراً ليعلمه ويؤدبه، وإن كان عند الأب لاختياره إياه كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنعه من زيارة أمه، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة للرحم، فإن مرض سلمه لأمه لتمارضه، لأنه يكون كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره، وإن كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً لأنها ليست بحاجة إلى الخروج مثل الغلام، فإن كانت عند الأب فلأمها أن تزورها عنده، وإن كانت عند الأم فللأب أن يزورها عندها من غير أن يخلو الأب بأمها لأنها غير محرم له والخلوة بالمرأة التي لا تحل محرمة بإجماع العلماء[1].

لحديث ابن عباس أنه سمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم ولا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم»[2].

الحضانة في القانون اليمني ـ الأحوال الشخصية ـ:

جعل القانون مدة الحضانة سبع سنوات إلا إذا رأى الحاكم الزيادة عليها فله ذلك ولو إلى عشر سنين بدون فرق بين الذكر والأنثى كما جاء ذلك في **المادة ١٣١**.

وذكر في **المادة ١٣٢** شروط الحاضن بنحو الشروط الذي اشترطها جمهور الفقهاء.

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٦١٧/٧، ومغني المحتاج ٤٥٧/٣، ونيل الأوطار ١٢٧/٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: نيل الأوطار ٣٢٤/٤.

وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة، كالأجرة على الإرضاع ويكون على من تجب عليه النفقة من الأقارب وتأخذ الأم أجرة الحضانة إذا كانت لا تستحق نفقة على الأب كالمطلقة بعد تمام العدة، وتجب النفقة والسكنى للمحضون وهل تجب للحاضنة السكنى معه إضافة إلى الأجرة؟ قولان في ذلك للفقهاء.

انظر: حاشية ابن عابدين ٥٦٢/٣، وحاشية الدسوقي ٥٣٣/٢.

وأخذ القانون في ترتيب الحضانة بمذهب المالكية والحنفية من حيث أن النساء أولى بالحضانة من الرجال فلا تنتقل إلى الرجال إلا إذا انعدم النساء، وإن الخالات يقدمن على الأخوات.

وإذا سقط حق الأم في الحضانة فلا يسقط إلا إذا قبل الولد غيرها وإلا أجبرت، لأن الحق للصغير ولا يجوز لزوجها الآخر منعها حيث لا توجد غيرها ولا يمنع سوء خلقها من حقها في الحضانة حتى يبلغ الصغير الخامسة من عمره، كما جاء في المادتين **١٣٣** و **١٣٤**.

وذكر القانون أنه إذا طرأ على الحاضن مرض مثل الجذام والبرص والعمى أو اختل شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر فيه تنقل الحضانة إلى من يليه في الحق كما جاء ذلك في **المادة ١٣٥**.

ونصت **المادة ١٣٧** على أن على الحاضن القيام بما يصلح الطفل إلا النفقة وتوابعها فهي على من تلزمه النفقة.

وعلى أنه يجوز للحاضن نقل الطفل إلى بلده ما لم يكن فيه ضرر على الطفل مادياً أو معنوياً أو أخلاقياً.

وعلى أنه إذا كان الصغير عند أحد والديه كان للآخر حق رؤيته بالطريقة التي يتفقان عليها أو بما يراه الحاكم.

ونصت **المادة ١٣٨** على أنه يستحق الحاضن أجرة حضانته من مال الطفل إذا كان له مال أو ممن تلزمه نفقته، وتقدر الأجرة بقدر حال من تلزمه النفقة، ولا تستحق الحاضن أجرة إذا كانت في عصمة أبي الصغير وإذا كان الأب معسراً تكون أجرة الحضانة من مال الأم ولا رجوع لها وإن كانت من مال غير الأم فبإذن الحاكم وله الرجوع بها.

ونصت **المادة ١٤٠** على أنه متى استغنى الولد بنفسه ذكراً كان أو أنثى خُيِّر بين أبيه وأمه عند اختلافهما مع وجود المصلحة، وإذا اختلف من لهم الكفالة غير الأب والأم اختار الحاكم من فيه المصلحة للولد بعد استطلاع رأيه.

وهذا يتفق مع القول بأنه يخير الغلام والجارية إذا اختلف الأبوان فيهما وهما في سن التمييز، وقد ذكرت بأن الأدلة دلت على ذلك.

إلا أن الأدلة جاءت في التخيير بين الأبوين فقط، والظاهر أن اجتهاد الحاكم في النظر في الأصلح إن كان من غير الأبوين لم يرد فيه نص.

الفصل الرابع

في أحكام النسب

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

في بيان اهتمام الشرع بإثبات النسب

النسب هو الصلة بين الشخص وغيره، وقد رتب الشرع على هذه الصلة أحكاماً عديدة، كالميراث، والنفقة، وحرمة النكاح، والتناصر وغير ذلك.

لذلك منحت الشريعة الإسلامية النسب مكانة سامية وأوجبت المحافظة عليه من الاختلاط واعتبر الشرع إنكار النسب الصحيح، أو إلحاق النسب الباطل بالشخص كبيرة من كبائر الذنوب، فقد جاء الوعيد الشديد في ذلك في أحاديث كثيرة.

منها: حديث سعد بن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»[1].

ومنها حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا ترغبوا عن آبائكم فمن رغب عن أبيه فهو كفر»[2].

ومنها ما جاء في حديث الإمام علي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: الترغيب والترهيب للمنذري ٣/٧٣، ورياض الصالحين ص ٦٧٩.

(٢) رواه البخاري ومسلم، انظر: المصدرين السابقين وشرح مسلم للنووي ١/٢٥٠.

أنه قال: «ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً»[1].

وقد حرم الله سبحانه وتعالى التبني الذي كان معمولاً به في الجاهلية واستمر فترة في بداية الإسلام حتى نزل قوله تعالى: ﴿وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً﴾[2].

ولا بأس بأن يأخذ المسلم لقيطاً مجهول النسب فيربيه ولكن لا يجوز أن ينسبه إليه ولا أن تجري عليه أحكام القرابة وعليه إذا قارب البلوغ أن يجنبه عن الأسرة فإن كان بنتاً فيجب أن تحتجب منه ومن أولاده البالغين لأنها أجنبية، وإن كان ولداً فتحتجب منه النساء، كما يحتجبن من الأجنبي.

ولقد اهتم الفقهاء ببيان أحكام النسب وعرضوها في مباحث عديدة وفرعوا عليها تفريعات كثيرة، وسأكتفي ببيان أهمها ليمكن الاطلاع عليها بسهولة ويسر.

المبحث الثاني

في بيان أسباب ثبوت النسب

ينسب الولد إلى أمه بمجرد ولادتها به سواء أتت به من طريق حلال أم

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: الترغيب والترهيب للمنذري ٣/٧٣، والمصادر السابقة.

ومن الأدلة الدالة على تحريم إنكار نسب الأولاد أو إدخال نسب إلى غير أبيه الحقيقي حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، انظر: عون المعبود ٦/٣٥١ و٣٥٢.

(٢) سورة الأحزاب: آية ٤ و٥.

من طريق حرام، ولا ينسب إلى أبيه إلا إذا كان من زواج صحيح أم ملك يمين أو من زواج فاسد أو شبهة، أما إذا نشأ من زنا فإنه لا يلحق بأبيه الزاني، لحديث أبي هريرة وعائشة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1].

يعني: أن الولد يلحق بالذي له الزوجية الصحيحة والزاني له الرجم بالحجارة، وفيما يأتي توضيح أسباب ثبوت النسب وشروطها بإذن الله تعالى.

أ ـ ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

فإذا ولدت المرأة المتزوجة زواجاً صحيحاً فإن الولد ينسب إلى زوجها حتى ولو لم يكن منه، لأن الولد للفراش، كما جاء ذلك في الحديث، يعني أن الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج، وللعاهر الذي هو الزاني الحجر، إي يرجم بالحجر عقوبة له على جريمته، ونقل اتفاق الفقهاء على ذلك.

ويشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح الشروط التالية:

١ ـ أن يكون الزوج ممن يمكن أن تحمل منه المرأة عادة.

فلا يثبت النسب من الصغير الذي لم يبلغ.

وذكر الفقهاء: أن أقل سن للغلام المراهق يمكن أن تحمل منه المرأة ويلحق به الولد استكمال تسع سنين، وفي قول لهم: لا يلحق به الولد إلا إذا بلغ عشر سنين، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع»[2].

والقول الأخير هو المختار، ولا يقاس على الجارية، لأنه لم يعهد أن غلاماً بلغ لتسع سنين[3].

---

(١) رواه البخاري وغيره، انظر: فتح الباري ١٢/١٢٧.

(٢) رواه أبو داود بإسناد حسن، انظر: المجموع شرح المهذب ٣/١١ و١٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٨٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٢٣، ومغني ابن

٢ ـ أن تلده بعد ستة أشهر من وقت الزواج في حق من يتأتى منه الوطء أو من تاريخ البلوغ إن كان الزواج وقع قبله، فإن ولدت لأقل من الحد الأدنى من مدة الحمل وهي ستة أشهر فلا ينسب إلى الزوج، ونقل الاتفاق على ذلك[1].

٣ ـ أن يكون التلاقي بين الزوجين بعد العقد ممكناً عادة.

كما لو كان الزوجان مقيمين في بلد واحد أو في بلدين ولكن يمكن الاتصال بينهما بالفعل فيلحق به النسب، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

فإن لم يمكن الاتصال بينهما بالفعل، كما لو كان أحدهما بالمشرق والآخر بالمغرب فلا يثبت النسب لعدم وجود التلاقي بينهما بالحس.

وخالف في ذلك الحنفية فقالوا يثبت النسب، لأنه يمكن التلاقي بينهما عقلاً لأنه يحتمل أن يكون ذلك من كرامات الأولياء فيقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة، ويكون ذلك احتياطاً للنسب وصوناً للعرض[3].

ورجح كثير من الفقهاء القول الأول، لأن إمكان الاتصال بالعقل نادر ولا يصح أن يكون للنادر حكماً في العقود الظاهرة، والأحكام إنما تبنى على الغالب لا على النادر، والله تعالى أعلم.

٤ ـ أن تلد المرأة الولد لأقل من أقصى مدة الحمل من وقت الفرقة بالموت أو الطلاق.

وأكثر مدة الحمل أربع سنين في مذهب الشافعية والحنابلة، وسنتان في

قدامة ٧/٤٢٨، وفي قول في مذهب الشافعية: أن بلوغه يمكن لتسع سنين ونصف، وانظر أيضاً: البحر الزخار ٤/١٤٣.

(١) انظر: المصادر السابقة، والمهذب ٢/١٢١.

(٢) انظر: المهذب ٢/١٢١، والبحر الزخار ٤/١٤٢، وكذلك لو تزوج رجل في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ثم أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لم يلحق به لعدم إمكان التلاقي، انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٢٩.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٥١.

مذهب الحنفية، وخمس سنوات في المشهور في مذهب المالكية[1].

فإذا ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من الفرقة فلا يثبت نسبه من المطلق أو المتوفي، سواء كانت الفرقة بالطلاق طلاقاً بائناً أم رجعياً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

وخالف في ذلك الحنفية في الفرقة من طلاق رجعي إن لم تقر المرأة بانقضاء عدتها، فقالوا: إذا طلقها طلاقاً رجعياً ولم تقر بانقضاء العدة فإن النسب يثبت ولو أتت به لأكثر من سنتين من تاريخ الطلاق[3].

بناء على أن الرجعة تصح بالفعل عندهم وإن أكثر مدة الحمل سنتان فقط، والظاهر: أن الفرقة تعتبر من انتهاء العدة في المطلقة الرجعية بناء على القول المختار من أقوال الفقهاء أن الرجعة تصح بالفعل، وأن المطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة فلا تنتهي الزوجية إلا بعد انتهاء العدة فإن وضعته لأكثر من أربع سنين من انتهاء العدة لم يثبت نسبه منه.

ب ـ ثبوت النسب بالزواج الفاسد:

يثبت النسب بالزواج الفاسد إذا كان الزوج ممن يتصور منه الحمل وأتت به المرأة بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج، في الزواج الصحيح، أو من تاريخ الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد باتفاق الفقهاء.

ومجمل القول في ذلك: أن الفقهاء اتفقوا على أن النسب يثبت إن أتت

---

(١) ونقل عن الليث بن سعد أن أقصى الحمل ثلاث سنين وعن الزهري أنه قال: قد تحمل المرأة ست سنين أو سبع سنين، وقيل: ليس له وقت، والظاهر: أن وقوعه إلى أربع سنين فقط هو المعروف وهو أرجح والله تعالى أعلم، انظر: مغني ابن قدامة ٤٧٧/٧، وتكملة المجموع ٦١١/١٦، وهو مذهب الهادوية، انظر: التاج المذهب ١١٤/٢.

(٢) انظر: المهذب ١٢١/٢، ومغني ابن قدامة ٤٣١/٧.

(٣) وهو قول في مذهب الشافعية، انظر: المهذب ١٢١/٢.

به لستة أشهر من تاريخ العقد في الزواج الصحيح، واختلفوا في ثبوته في الزواج الفاسد من تاريخ الخلوة على قولين.

أحدهما: أن النسب يثبت بالخلوة ولو لم يوجد دخول حقيقي، وتعتبر المدة لإثبات النسب من تاريخ الفراق، وهذه رواية عن أبي يوسف، ونقل عن المالكية[1].

ويكون الفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد، هو: أن الزواج الصحيح يشترط فيه إمكان التلاقي فقط، ولو لم توجد خلوة بين الزوجين.

وأما الزواج الفاسد فيشترط لإثبات النسب وجود الخلوة بينهما.

ثانيهما: أن النسب لا يثبت إلا بالدخول الحقيقي، وتعتبر المدة لإلحاق النسب من تاريخ الدخول الحقيقي، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وعليه الفتوى في مذهب الحنفية[2].

وعللوا لذلك: بأن المرأة لا تصير فراشاً في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي وعلى ذلك فإن المدة تحسب من تاريخ الدخول لا من تاريخ الزواج أو الخلوة.

والظاهر: أن المعتبر في ذلك هو الدخول الحقيقي، لأن الأحكام ترتبط في الزواج الفاسد بالدخول الحقيقي لا بنفس الزواج، والله تعالى أعلم.

وإذا ولدت المرأة لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول عند الجمهور أو من تاريخ الخلوة عند من قال بذلك لم ينتف النسب إلا باللعان فإذا لاعنها ونفاه انتفى، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[3].

---

(١) انظر: فتح القدير ٣/٣٦٧، وحاشية ابن عابدين ٣/١٣٤.
(٢) انظر: المراجع السابقة، وبدائع الصنائع ٣/١٥٥٣، وأما إذا لم يحصل دخول ولا خلوة فلا يثبت النسب باتفاق الفقهاء، والله تعالى أعلم.
(٣) انظر: مغني ابن قدامة ٧/٤٠٠.

ويرى الحنفية: أنه لا ينتفي باللعان من الزواج الفاسد، لأن اللعان عندهم لا يصح إلا بعد زواج صحيح(١).

وإذا ولدت المرأة بعد مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الدخول في مذهب جمهور الفقهاء، وفي قول من تاريخ الفرقة من الزواج الفاسد فلا يثبت النسب منه، وهذا كالزواج الصحيح في هذه الحالة.

ويتضح لنا مما تقدم: من أن النسب لا يثبت بمجرد العقد في الزواج الفاسد بل لا بد من دخول حقيقي في مذهب جمهور الفقهاء، وهو المختار. بخلاف الزواج الصحيح، فإنه لا يشترط فيه إلا إمكان التلاقي فقط(٢).

ج ـ ثبوت النسب بالوطء بشبهة:

فلو واقع رجل امرأة بشبهة، كما لو طلق الرجل امرأته ثلاثاً فإنها تحرم عليه فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، ولكنه لو استمر على معاشرتها اعتقاداً منه أنها لا تحرم عليه ولم يعلم بأنها محرمة، أو زفت إليه امرأة فظن أنها زوجته فاتصل بها وبعد الاتصال بها تبين أنها ليست بزوجته وإنما حصل ذلك بطريق الغلط، وكذلك لو طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً بينونة صغرى فظن أنها رجعية فواقعها في عدتها على أساس أن ذلك رجعة فلا يعتبر ذلك رجعة لأنها بائنة فلا تصح إلا بعقد جديد ويعتبر ذلك الوطء شبهة، فإن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر من تاريخ الوطء ثبت النسب للواطىء وإن أتت به

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٨٤.

(٢) هذا الكلام بالنسبة للزواج الفاسد وهو الذي اختل فيه شرط من شروط الصحة، وأما الباطل وهو الذي لم ينعقد أصلاً فقد قال فيه بعض الفقهاء الذين فرقوا بين الباطل والفاسد: أن الباطل لا تثبت به عدة ولا نسب ولو حصل دخول.
وذكر فقهاء الحنفية: أن الصواب ثبوت العدة والنسب، انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥١٦، وهذا أيضاً مذهب من لم يفرق بين الفاسد والباطل ويقول بأنهما مترادفان فإن العدة والنسب يثبتان بالدخول الحقيقي، هذا إذا كان العاقدان لم يعلما بالتحريم أما إذا كانا عالمين بالتحريم فإن ذلك يكون حكمه حكم الزنا فلا يثبت النسب باتفاق، وتلزم العدة عند الجمهور، وقد بينت ذلك في مبحث العدة.

قبل ستة أشهر لم يثبت نسبه إليه إلا إذا ادعاه فيثبت نسبه إليه لاحتمال أنه قد وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى[1].

وإذا ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الوطء فيثبت النسب للواطىء، وبذلك يكون الوطء بشبهة كالوطء في الزواج الفاسد من حيث ثبوت النسب[2].

المبحث الثالث

في بيان طرق إثبات النسب

يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالوطء بنكاح فاسد أو شبهة ويثبت أيضاً بالإقرار أو بالبينة.

أما ثبوته بالزواج الصحيح أو بالوطء بزواج فاسد أو شبهة فقد تقدم ذلك مفصلاً في المبحث السابق.

وأما ثبوته بالإقرار أو بالبينة فتفصيل ذلك فيما يأتي بإذن الله تعالى.

أ ـ ثبوت النسب بالإقرار:

يشترط في ثبوت النسب بالإقرار شروط:

١ ـ أن يكون المقر به مجهول النسب.

---

(١) وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وقال بعض فقهاء الحنابلة: إن النسب لا يثبت إلا بنكاح صحيح أو فاسد، انظر: مغني ابن قدامة ٤٣٢/٧.

(٢) وإذا تزوجت المعتدة في عدتها من زوج سابق وأتت بولد يمكن أن يكون منهما أو تنازع رجلان في لقيط فادعى كل منهما أنه ولده فيرى جمهور الفقهاء: أنه يعمل بقول القائف، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقره.
ويرى الحنفية: أنه لا يعمل بقول القائف، وإنما يحكم بالولد للفراش فإن لم يكن فراش فلا يثبت نسب، وهو قول للهادوية أيضاً، انظر: مغني ابن قدامة ٤٨٣/٧، والمهذب ١٢١/٢، وحاشية ابن عابدين ٥٥٤/٣، والبحر الزخار ١٤٤/٤، وحديث عائشة المتفق على صحته يدل على ثبوت النسب بالقيافة، انظر: نيل الأوطار ٣١٧/٦.

ومجهول النسب هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه، لأنه إذا كان مجهولاً في البلد الذي ولد فيه فيكون في غيره أشد جهالة، ويبعد في الغالب أن يكون معلوماً في غير بلده ومجهولاً في بلده، ولا خلاف عند الفقهاء في اشتراط هذا الشرط، لأنه لا يجوز الإقرار بنسب من هو معروف النسب[1].

٢ ـ أن يصدقه الحس: يعني أن يكون المقر ممن يولد له، كما لو أقر ببنوة من يمكن أن يكون الفارق بين المقر والمقر له أقل مدة يبلغ فيها الإنسان وهي لا تقل عن تسع سنين عند بعض الفقهاء، وعند بعضهم لا تقل عن عشر سنوات، فإن كانت أقل من ذلك فلا يثبت النسب للمقر له[2].

٣ ـ أن يصدق المقر له بالإقرار من المقر إن كان أهلاً للتصديق، أي بالغاً عاقلاً، فإن كان صبياً أو مجنوناً فلا يشترط تصديقه، وذكر فقهاء الشافعية أنه لو بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأنكر النسب لم يسقط، لأنه قد حكم بثبوته، ولا يشترط البلوغ في مذهب الحنفية، فتصح المصادقة من المميز[3].

وقال بعض الفقهاء: لا يشترط التصديق من أم المقر له، لأن النسب حق للولد على الأب فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق من أمه ما لم يقم دليل على كذب المقر، وهذا قول في مذهب المالكية[4].

٤ ـ أن لا يكون في الإقرار حمل النسب على الغير، سواء صدقه المقر له أم كذبه، لأن إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه فلا تتعدى غيره[5].

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ٥/٢٠٠، وبلغة السالك ٢/١٨٠، وبدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٥.

(٢) تقدم بيان من يمكن أن تحمل منه المرأة في المبحث السابق ومصادر الفقهاء في ذلك.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٦١٦، وبدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٥، والمهذب ٢/٣٥٢.

(٤) انظر: بلغة السالك ٢/١٨١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٥، وقيل يقبل ذلك أن صدقة المقر، انظر: مغني ابن قدامة ٥/٢٠٦.

فلو أقرت زوجة أو معتدة بولد فلا يصح إقرارها إلا بتصديق الزوج فإن كذبها لم يثبت النسب، لأن إقرارها فيه تحميل النسب على الزوج فلا يصح إلا بتصديقه، إلا إذا أقامت على دعواها بينة على الولادة، وأقلها أربع نسوة عند الشافعية والظاهرية، أو اثنتان عند المالكية، أو امرأة واحدة عند الحنفية والزيدية، فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب بالزواج الصحيح[1].

ولا يشترط أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار، لأن النسب يحتاط به مهما كانت الأحوال، وأما التصديق المشروط من الكبير فيسقط لعدم إمكانه كالصغير، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

وقال بعض الفقهاء: يشترط أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار.

وهذا مذهب الحنفية[3]. لأن الإنسان لا يحتاج إلى النسب إلا إذا كان حياً ليشرف به وأما بعد الموت فلا حاجة له به، إلا إذا كان المتوفى المقر له قد ترك ذرية فيصح الإقرار مع وفاة المقر له لحاجة الأحفاد إلى ثبوت نسب أبيهم.

والقول الأول هو الراجح فيما يظهر لي، لأن هذا حق ثبت للمقر له سواء كان محتاجاً له أم لا، والله تعالى أعلم.

ويثبت النسب بالإقرار، سواء كان مباشراً أم غير مباشر.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٤٥/٣، والتاج المذهب ٦٦/٤، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٣٩.

(٢) انظر: مغني ابن قدامة ٢٠٥/٥، والمهذب ٣٥٢/٢، فلا يثبت نسبه وإن مات بالغاً عاقلاً وهو الصحيح في مذهب الشافعية، لأن الميت ليس له قول فيثبت نسبه كالصبي أو المجنون، وقال أكثر الفقهاء: إن النسب لا يسقط بالرجوع عن الإقرار حتى ولو صدقه المقر له بالرجوع، انظر: مغني ابن قدامة ٢٠٦/٥، والمهذب ٣٥٢/٢.

(٣) والظاهر أن المراد بذلك فيما إذا أقر به بعد إنكار كما لو أنكره وهو حي ثم أقر به بعد الموت لم يصدق لأنه يعتبر مقراً للمال لا للنسب، انظر: المبسوط ١٥٨/١٧، وهذا عند الحنفية، ومذهب المالكية كمذهب الجمهور، انظر: بلغة السالك ١٨٢/٢.

فالنسب المباشر، مثل أن يقر شخص بأن فلاناً ابنه، فهذا إقرار بنسب مباشر فحمل النسب لنفسه مباشرة.

بخلاف ما لو أقر بأن فلاناً أخوه أو عمه فهذا تحميل النسب لغير المقر فإن لم يصدقه الغير يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزاً أوفقيراً، ويشاركه في حصته التي يرثها من تركة أبيه لأن الإقرار حجة قاصرة عليه لا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو بتصديق ذلك الغير، وعلى ذلك: فمن أقر بأن فلاناً أخوه فإن صدقه إخوته الآخرون ثبت النسب على الجميع، فإن لم يصدقوه لم يثبت النسب إلا للمقر فقط، فلو كان للمقر أخوان فمات أحدهما فيأخذ المنكر نصف تركته ويأخذ المقر النصف الآخر ثم يشارك المقر له المقر في النصف الذي ورثه من أخيه، وهذا مذهب الحنفية[1].

ويرى المالكية: أن المنكر يأخذ نصيبه كاملاً ويأخذ المقر له ما ينقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة[2].

فلو كانت التركة ٢٤ فيأخذ المنكر ١٢ ريالاً ويأخذ المقر ٨ ريالات ويأخذ المقر له ٤ ريالات، ولو مات المقر وترك بنتاً فترث البنت النصف فرضاً وتأخذ النصف الباقي رداً عليها ولم يأخذ الأخ المقر له شيئاً إذا لم تعترف بقرابته من أبيها.

فإذا مات المقر ولم يترك وارثاً استحق المقر له الميراث، لأنه لا يوجد وارث ينكر نسبه فيتضرر منه.

وهذا الكلام بناء على أن الإقرار بالنسب غير المباشر حجة على المقر وحده، وإذا بلغ المقرون نصاب الشهادة كان هذا الإقرار حجة في ثبوت النسب على جميع الورثة، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، إلا أن المالكية يختلفون مع الحنفية في نصاب الشهادة، فيثبت عند الحنفية برجلين أو برجل وامرأتين ولا يثبت عند المالكية إلا برجلين[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٨.
(٢) انظر: بلغة السالك ٢/١٨٢.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٨، وبلغة السالك ٢/١٨٢.

ويرى الشافعية والحنابلة: أن النسب غير المباشر لا يثبت إلا بـإقرار جميع الورثـة، فإن أنكـر بعضهم لم يثبت النسب وإن بلغ المقرون نصـاب الشهادة، لأن النسب لا يتبعض، وإنما يكون الإقرار حجة على المقر فقط[1].

ويثبت النسب بإقرار جميع الورثة وإن كانوا أقل من نصاب الشهادة.

والأصح في مذهب الحنفية والمالكية أنه يثبت الميراث دون باقي الحقوق المترتبة على ثبوت النسب من النفقة والحضانة والتحريم ونحو ذلك.

ب ـ ثبوت النسب بالبينة:

وثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار، لأن البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بخلاف الإقرار فإنه حجة قاصرة على المقر فلا تتعدى إلى غيره.

ويثبت النسب بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وهـذا مذهب الحنفيـة والزيـدية والـظاهريـة، وهو روايـة عن الإمام أحمد[2].

واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾[3].

وبعموم حديث ابن عمر، وفيه: أليس شهـادة المرأة بنصف شهـادة الرجل [4].

---

(١) انظر: المهذب ٣٥٣/٢، ومغني ابن قدامة ٢٠٥/٥، وبناء على أن النسب لا يثبت إلا بإقرار من جميع الورثة فإن الإرث لا يثبت بين المقر والمقر له وفي قول ذكره ابن قدامة أنهما يتوارثان.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٧٥/٧، وفتح القدير ٣٧٠/٧، والتاج المذهب ٦٦/٤، ومغني ابن قدامة ١٤٩/٩.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٨٢.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، انظر: فتح الباري ٤٠٥/١.

ويرى جمهور الفقهاء: أنه لا تجوز شهادة المرأة في النسب، وكذلك في كل ما ليس بمال ولا يؤول إلى مال، والنسب ليس بمال ولا يؤول إلى مال فلا يثبت إلا بشهادة رجلين، فلا يثبت النسب عندهم إلا بشهادة رجلين[1]. واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾[2].

وبقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت﴾[3].

فإن لفظ «ذوا» ولفظ «ذوي»، لفظ لوصف المذكر في الآيتين، ولفظ «اثنان» قد وصف بقوله ﴿ذوا عدل﴾، وهذا الوصف للمذكر، فدل ذلك على أنه لا يتناول الإناث، لأن الاقتصار على هذا يفيد الحصر.

واستدلوا بما روي عن الزهري أنه قال: «مضت السنّة أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في الطلاق ولا في النكاح»[4].

وهناك أدلة أخرى من السنة يتضح منها، بأن شهادة المرأة تكون خاصة بالمال أو بما يؤول إلى المال.

ج ـ ويثبت النسب بالتسامع:

وهو استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس كما هو الشأن في الزواج والزفاف والدخول بالزوجة والرضاع والولادة والوفاة، ونقل اتفاق الفقهاء على ذلك.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ١٨٦/٤، وكشاف القناع ٤٢٨/٦، وغاية البيان ص ٣٧٠، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٣٨.
(٢) سورة الطلاق: آية ٢.
(٣) سورة المائدة: آية ١٠٦.
(٤) رواه أبو عبيد في الأموال وأبو يوسف في الخراج عن الحجاج عن الزهري، انظر: تلخيص الحبير ٢٠٧/٤.

واختلفوا في بيان المراد من التسامع.

يرى جمهور الفقهاء: هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين[1].

وفي مذهب الحنفية: هو أن يخبر الشاهد رجلان أو عدل وامرأتان[2].

بدليل أن القاضي يحكم بشهادة شاهدين ولو لم ير المشهود به أو يسمعه بنفسه، ويشترط في الشاهدين أن يقولا: أشهد بكذا ولا يقول: سمعت.

وتوسط المالكية، فقالوا: أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصوراً بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم، واشترطوا أن يقول الشهود: سمعنا كذا ونحو ذلك[3].

نصوص قانون الأسرة اليمني في ثبوت النسب:

نصت المادة ١١٣ على أنه يثبت نسب الولد لأبيه بالفراش، وهو الزواج الصحيح المستوفي لأركانه وشروطه وما يلحق به مع إمكان الوطء والبلوغ، ومضي أقل مدة الحمل من يوم إمكان الوطء.

وبينت المادة ١١٤ بأن بنوة الولد لأمه تثبت بمجرد ثبوت الولادة ولو بغير إقرارها وبدون قيد أو شرط.

ونصت المادة ١١٥ على أنه تثبت بنوة مجهول النسب أو الحمل المحقق لمن يقر ببنوته ولو في مرض الموت بشروط وهي:

١ ـ أن لا يكذبه العقل أو العادة أو الشرع.

٢ ـ أن لا يقر الرجل بأنه ولده من الزنا.

٣ ـ أن لا يرد المقر له إن كان بالغاً، ولا يرد بعد البلوغ إن كان صغيراً، وإذا

---

(١) انظر: مغني ابن قدامة ١٦٢/٩، وغاية البيان ص ٣٦٩.

(٢) وهو قول في مذهب الحنابلة، انظر: مغني ابن قدامة ١٦٢/٩، وفتح القدير ٣٨٨/٧ و ٣٨٩.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ١٩٥/٤ و ١٩٦.

كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة ولم تتوافر شروط النسب لزوجها فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه.

ونصت المادة ١١٦ على أنه إذا أقر مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة لآخر يثبت نسبه للمقر له بتصديق الأخير له وبشرط أن لا يكذبه العقل أو العادة أو الشرع، وأن لا يصرح الرجل بأنه ولده من زنا.

وذكرت المادة ١١٧ بأنه إذا كان الإقرار لمجهول النسب بالأبوة أو الأمومة فلا يثبت النسب في حق غير المقر إلا بتصديق الأصل المشترك أو الفرع المتصل ـ الواسطة ـ مع توافر الشروط المنصوص عليها في المادة ١١٦.

ونصت المادة ١١٨ على أنه متى ثبت النسب بالإقرار فلا رجوع عنه وتترتب عليه جميع أحكام النسب، ويعتبر السكوت تصديقاً إذا علم المقر له بالإقرار وعرف أنه له الإنكار وأن السكوت تصديق لا ملجأ إليه.

ونصت المادة ١١٩ على أن الرجل يعتبر بالغاً إذا ادعى الاحتلام مع الاحتمال وكان ابن عشر سنوات فما فوقها وتعتبر المرأة بالغة إذا ادعت الاحتلام مع الاحتمال وكانت بنت تسع سنوات فما فوقها، وفي جميع الأحوال يعتبر الشخص بالغاً إذا كان ابن خمس عشرة سنة فما فوقها، وعند الاختلاف في احتمال البلوغ أو في تقدير السن لعدم وجود إثبات رسمي يستعان بطبيب مختص.

ونصت المادة ١٢٠ على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأغلبها تسعة أشهر ولا حد لأكثرها مع ظهور القرائن الدالة عليه واستمرارها وتقرير طبيب مختص.

ونصت المادة ١٢١ على أن المرأة إذا وضعت وادعت بقاء حمل آخر ودلت القرائن على صدقها وأيدها طبيب مختص ألحق الولد بالزوج.

ونصت المادة ١٢٢ على أن المرأة إذا ولدته حياً قبل انقضاء العدة من طلاق رجعي ثبت نسبه لمطلقها وما ولدته قبل انقضاء العدة من طلاق بائن يلحق بمطلقها إذا أتت به من يوم الطلاق في مدة الحمل المبينة في المادة ١٢٠.

ونصت **المادة ١٢٣** على أن المرأة إذا أتت بالولد بعد إقرارها بانقضاء العدة لدون ستة أشهر من وقت الإقرار ألحق الولد بمطلقها في الطلاق الرجعي مطلقاً، ويلحق به في البائن إذا أتت به من يوم الطلاق في مدة الحمل المبينة في **المادة ١٢٠**.

ونصت **المادة ١٢٤** على أنه إذا اتفق فراشان مترتبان وعادت الزوجة إلى زوجها الأول فيلحق الولد بالزوج الآخر إذا أتت به لستة أشهر من يوم إمكان وطئه لها، فإن أتت به لدون ستة أشهر ألحق بالزوج الأول.

ونصت **المادة ١٢٥** على أن الولد يلحق بالزوج المتوفى إذا أتت به المرأة من تاريخ الوفاة في مدة الحمل المبينة في **المادة ١٢٠**.

ونصت **المادة ١٢٦** على أن الولد يلحق بالرجل في الزواج الذي لم يستوف أركانه وشروطه وفي المغلوط بها إذا أتت به المرأة لستة أشهر فأكثر بعد الدخول الحقيقي وقبل المفارقة، فإن أتت به بعد المفارقة أو التفريق ألحق بالرجل إذا أتت به من تاريخ المفارقة أو التفريق في مدة الحمل المبينة في **المادة ١٢٠**.

ونصت **المادة ١٢٧** على أن النسب لا يثبت بالتبني ولو كان المتبني مجهول النسب.

خاتمة

هذا آخر ما تيسر جمعه في هذا الموضوع وأسأل الله تعالى أن يعم نفعه وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم.

قال مؤلفه الراجي عفو ربه: فرغت منه يوم الجمعة الثاني والعشرين من محرم سنة ألف وأربعمائة واثنتي عشرة للهجرة الموافق الثاني من أغسطس عام ألف وتسعمائة وواحد وتسعين للميلاد.

وأحمد ربي حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مستغني عنه ربنا على توفيقه إياي بإتمام هذا الموضوع أحكام الأسرة «الأحوال الشخصية».

وأرجو من الله تعالى أن أكون قد سددت أو قاربت فيما كتبت فيه من موضوعات وأن يستفيد منه طلبة العلم بحوله وقوته وأن يثيبني عليه بمنه وكرمه.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد إمام المرسلين وخاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى التابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أهم المصادر والمراجع

أ ــ القرآن الكريم:

ب ــ كتب التفسير:

١ ــ جامع البيان في تفسير القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ، طبعة: دار المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢ هـ.

٢ ــ الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ، طبعة: دار الكتب العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ.

٣ ــ تفسير القرآن العظيم، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ، طبعة: عيسى البابي الحلبي.

٤ ــ تفسير آيات الأحكام من القرآن، تأليف: العلامة محمد بن علي الصابوني، الناشر: مكتبة الغزالي، دمشق، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.

٥ ــ تفسير العلامة أبي البركات عبدالله بن أحمد بن محمود المشهور بالنسفي الحنفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ، طبع: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

ج ــ كتب الحديث وعلومه:

٧ ــ صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري للحافظ ابن حجر العسقلاني

المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، تحقيق: الشيخ عبدالعزيز بن باز، المطبعة السلفية ومكتبتها.

٨ ـ صحيح مسلم مع شرحه لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، تحقيق وإشراف: عبدالله أحمد أبو زينة، مطبعة: دار الشعب.

٩ ـ سنن أبي داود مع شرحه عون المعبود، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي المولود سنة ١٢٧٣ هـ، تحقيق: عبدالرحمن محمد عثمان، الناشر: محمد عبدالمحسن.

١٠ ـ جامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي، لأبي العلا محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ، تحقيق: عبدالرحمن محمد عثمان، طبعة: دار الاتحاد العربي للطباعة الطبعة الثانية ١٣٨٥ هـ.

١١ ـ سنن النسائي الحافظ أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣ هـ، طبعة: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، مطبوع مع شرح الحافظ جلال الدين السيوطي.

١٢ ـ سنن ابن ماجه الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ، تحقيق وترتيب: محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة: دار إحياء التراث العربي سنة ١٣٩٥ هـ.

١٣ ـ السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبدالله البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ، طبعة: مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرأباد ـ الدكن، الهند، الطبعة الأولى.

١٤ ـ المصنف للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن الهمام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١ هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، طبعة: المجلس العلمي.

١٥ ـ منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار للعلامة محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ، طبعة: مصطفى البابي الحلبي سنة ١١٢٢ هـ، الطبعة الأخيرة.

١٦ ـ موطأ مالك مع شرحه، لأبي عبدالله محمد عبدالباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢ هـ، طبعة: مصطفى البابي الحلبي الأولى سنة ١٣٨١ هـ.

١٧ ـ *بلوغ المرام مع شرحه سبل السلام العلامة محمد بن إسماعيل الصنعاني* المتوفى سنة ١١٨٢ هـ، تحقيق: محمد خليل حراس، طبعة: محمد عاطف وسيد طه وشركاهما.

١٨ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام الحافظ جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي تاريخ ١٣٩٣ هـ، بيروت.

١٩ ـ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ ـ ١٩٧٩ م.

٢٠ ـ جامع الأصول في أحاديث الرسول، تأليف: الإمام مجدالدين أبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري ٥٤٤ ـ ٦٠٦ هـ، نشر وتوزيع: مكتبة الحلواني، مكتبة دار البيان ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م.

٢١ ـ سنن الدارقطني الحافظ الكبير علي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥ هـ، تحقيق: السيد عبدالله هاشم يماني المدني، مطبعة: دار المحاسن للطباعة والنشر ١٣٨٦ هـ.

٢٢ ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نورالدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٩٦٧ م.

٢٣ ـ الدراية في تخريج أحاديث الهداية، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق وتصحيح: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٨٤ هـ.

٢٤ ـ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق وتصحيح: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٨٤ هـ.

د ـ كتب الفقه:

٢٥ ـ الهداية شرح بداية المبتدي، تأليف: شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ، مطبوع بهامش فتح القدير، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأولى، تاريخ سنة ١٣٨٩هـ، ١٩٧٠ م.

٢٦ ـ المبسوط، تأليف: شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ.

٢٧ ـ فتح القدير شرح هداية المهتدي، تأليف: العلامة كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيوسي السكندري المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ هـ.

٢٨ ـ العناية شرح الهداية، تأليف: العلامة أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ، مطبوعة بهامش فتح القدير.

٢٩ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: العلامة علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ، الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام.

٣٠ ـ حاشية ابن عابدين المسماة: برد المحتار في الدر المختار شرح تنوير الأبصار للفقيه العلامة محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ، طبعة: مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ.

٣١ ـ الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، طبعة: دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ١٣٩٥ هـ ـ ١٩٧٥ م.

٣٢ ـ المنتقى شرح الموطأ، تأليف: القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢ هـ.

٣٣ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

٣٤ ـ الشرح الكبير، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ، مطبوع بهامش الحاشية.

٣٥ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك، تأليف: الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المتوفى سنة ١٢٤١ هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢ هـ.

٣٦ ـ الشرح الصغيري، تأليف: العلامة أحمد بن محمد الدردير المتـوفى سنة ١٢٠١ هـ، مطبوع مع بلغة السالك.

٣٧ ـ جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، تأليف: الشيخ صالح عبدالسميع الأبي الأزهري، من علماء القرن الرابع عشر الهجـري، مطبعـة: دار الفكر، بيروت، لبنان.

٣٨ ـ قوانين الأحكام الشرعية، تـأليف: محمد بن أحمـد بن محمد بن جـزي الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ، مطبعـة دار العلم للملايـين، طبعة جديدة بتاريخ ١٩٧٩ م.

٣٩ ـ المقدمات الممهات، تأليف: الحافظ أبي الوليـد محمد بن أحمـد بن رشد قاضي الجماعة بقرطبة المتوفى سنة ٥٢٠ هـ، مطبعـة السعادة، الـطبعة الأولى.

٤٠ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن الوليـد بن رشد، مـطبعة مصـطفى الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ ـ ١٩٦٠ م.

٤١ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين أحمد بن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ، مطبعة: مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦ هـ.

٤٢ ـ تكملة المجموع شرح المهذب للأستاذ محمد حسين العقبي، مـطبعة: الإمام، الناشر: زكريا علي يوسف.

٤٣ ـ المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتـوفى سنة ٤٧٦ هـ، مطبوع مـع المجموع وبمفـرده، طبع دار المعـارف للطباعـة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ ـ ١٩٥٩ م.

٤٤ ـ مغني المحتاج شرح المنهاج للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ، الناشر: المكتبة الإسلامية.

٤٥ ـ غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، تأليف: شمس الـدين بن أحمد بن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ، طبعـة: دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركاه.

٤٦ ـ السراج الوهاج شرح المنهاج للعلامة محمد الزهري الغمراوي، مطبعة: مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٢ هـ.
٤٧ ـ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تأليف: الإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٤٨ ـ المغني لابن قدامة، تأليف: أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ، المطبعة اليوسفية، الناشر: مكتبة الجمهورية العربية، ومكتبة الرياض، المدينة، تصحيح: الشيخ محمد سالم محيسن، والشيخ شعبان محمد إسماعيل.
٤٩ ـ المختصر لابن القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ، مطبوع مع المغني.
٥٠ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة سنة ١٣٩٤ هـ.
٥١ ـ الروض المربع شرح زاد المستنقع لمنصور بن يونس البهوتي، المطبعة السلفية ومكتبتها.
٥٢ ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: العلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادي الحنبلي، الطبعة الأولى ١٣٧٧ هـ ـ ١٩٥٨ م، دار إحياء التراث العربي.
٥٣ ـ الفتاوى الكبرى لأبي العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢ هـ، مطبعة: دار الكتب الحديثة، تحقيق: حسنين محمد مخلوف.
٥٤ ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: شمس الدين أبي عبدالله محمد ابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ، شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٨٨ هـ، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد.
٥٥ ـ زاد المعاد في هدى خير العباد لابن القيم الجوزية، مطبعة: مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية سنة ١٣٦٩ هـ.

٥٦ ـ كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تأليف: الإمام المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ، تحقيق: الشيخ يحيى عبدالكريم الفضيل، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت.

٥٧ ـ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، تأليف: القاضي العلامة شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي المتوفى سنة ١٢٢١ هـ، مكتبة المؤيد، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ.

٥٨ ـ ضوء النهار المشرق على صفحات الأزهار، تأليف: السيد العلامة الحسن بن أحمد الجلال، الناشر: مكتبة غمضان لإحياء التراث اليمني.

٥٩ ـ شرح الأزهار، تأليف: العلامة أبو الحسن عبدالله بن أحمد بن قاسم بن مفتاح المولود سنة ٧٧٥ هـ، المتوفى ٨٧٧ هـ، طبع: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، توزيع: مكتبة اليمن الكبرى.

٦٠ ـ التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار، تأليف: القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليمني الصنعاني، الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ ـ ١٩٤٧ م، طبع: دار إحياء الكتب العربية لصاحبها عيسى الحلبي وشركاه.

٦١ ـ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى الكاملة ١١٧٣ ـ ١٢٥٠ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

٦٢ ـ المحلى، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ، مطبعة دار الاتحاد العربي للطباعة والنشر، الناشر: مكتبة الجمهورية العربية سنة ١٣٨٧ هـ.

٦٣ ـ كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، تأليف: عبدالرحمن الجزري، المكتبة التجارية الكبرى سنة ١٩٧٢ م.

٦٤ ـ الدراري المضيئة لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤ م.

٦٥ ـ فقه السنة لسيد سابق، الطبعة الخامسة ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م، الناشر: دار البيان بالكويت.

٦٦ ــ أحكام الأسرة في الإسلام للأستاذ محمد مصطفى شلبي.
٦٧ ــ الزواج والطلاق لعمر رضا كحالة، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ ــ ١٩٨٢ م.
٦٨ ــ الأحوال الشخصية لأبي زهرة.
٦٩ ــ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ ــ ١٩٨٢ م.

هـ ــ كتب اللغة:

٧٠ ــ النهاية في غريب الحديث والأثر لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦ هـ، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمد محمود الطناحي، الناشر: المكتبة الإسلامية.
٧١ ــ ترتيب القاموس المحيط للأستاذ طاهر أحمد الزاوي، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٩ م.
٧٢ ــ مختار الصحاح، تأليف: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ، طبعة: مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٦٩ هـ.
٧٣ ــ المصباح المنير، تأليف: العلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ، تصحيح: مصطفى السقا، طبعة: مصطفى البابي الحلبي.

فهرس الجزء الثاني